

**Schriftenreihe  
für Internationales und Vergleichendes Sozialrecht**

**Herausgegeben von H a n s F. Z a c h e r, München**

**Band 2**

# Sozialrechtsvergleich im Bezugsrahmen internationalen und supranationalen Rechts

Colloquium der Projektgruppe für Internationales und  
Vergleichendes Sozialrecht der Max-Planck-Gesellschaft

Herausgegeben von

Hans F. Zacher



D U N C K E R & H U M B L O T / B E R L I N

# Inhaltsverzeichnis

## Erster Teil

**Hans F. Zacher:**

Einleitung: Horizontaler und vertikaler Sozialrechtsvergleich .....	9
---	---

## Zweiter Teil: Colloquium

Das Programm des Colloquiums .....	71
------------------------------------	----

### A. Allgemeines

**Dieter Blumenwitz:**

Rechtsvergleichung und Völkerrecht .....	75
Zusammenfassung .....	89
Summary .....	90
Diskussionsbericht ( <i>Faude</i> ) .....	92

**Albert Bleckmann:**

Die Rechtsvergleichung im Europäischen Gemeinschaftsrecht .....	97
Zusammenfassung .....	120
Summary .....	121
Diskussionsbericht ( <i>Trenk-Hinterberger</i> ) .....	123

### B. Sozialrechtsvergleichung und Internationales Recht (Völkerrecht)

**Johannes Schregle:**

Internationale Sozialrechtsvergleichung in der normenschaffenden Tätigkeit der Internationalen Arbeitsorganisation .....	133
Zusammenfassung .....	150
Summary .....	151
Diskussionsbericht ( <i>Simons</i> ) .....	153

**Siegfried-Günter Nagel:**

Sozialrechtsvergleich im Aufgabenbereich des Europarates (insbesondere bei der Gestaltung und Anwendung von Konventionen) .....	161
Zusammenfassung .....	179
Summary .....	180
Diskussionsbericht ( <i>Igl</i> ) .....	183

**Josef Schuh:**

Die Bedeutung der Rechtsvergleichung für die Gestaltung und Anwendung zwischenstaatlicher Sozialversicherungsabkommen .....	191
Zusammenfassung .....	210
Summary .....	211
Anhang: Zwischenstaatliche Verflechtung Österreichs im Bereich der Sozialen Sicherheit (Stand 1. Juni 1977) .....	213
Diskussionsbericht ( <i>Barta</i> ) .....	222

**C. Sozialrechtsvergleichung  
und supranationales Recht**

**Jörn Pipkorn:**

Die Bedeutung der Rechtsvergleichung für die Harmonisierung sozialrechtlicher Normen in den Europäischen Gemeinschaften .....	229
Zusammenfassung .....	250
Summary .....	252

**Helmut Kaupper:**

Die Bedeutung der Rechtsvergleichung für die Harmonisierung sozialrechtlicher Normen in den Europäischen Gemeinschaften .....	255
Zusammenfassung .....	266
Summary .....	266
Anhang: Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft .....	267
Diskussionsbericht der Referate <i>Pipkorn</i> und <i>Kaupper</i> ( <i>Schulte</i> ) .....	270

## ERSTER TEIL

### Einleitung

#### Horizontaler und vertikaler Sozialrechtsvergleich

Von Hans F. Zacher

#### Inhaltsübersicht

I. Projektgruppe und Thema .....	10
1. Was ist „internationales und vergleichendes Sozialrecht“? .....	10
2. Zum Anlaß des speziellen Themas des Colloquiums .....	14
3. Insbesondere zur spezifischen Verflechtung von internationalem (supranationalem) und nationalem Sozialrecht .....	15
4. Zum Folgenden .....	17
II. Horizontaler und vertikaler Rechtsvergleich .....	18
1. Der weitere Sinn von „Rechtsvergleich“ .....	18
2. Zum spezifischen sozialrechtlichen Anlaß, „Rechtsvergleich“ mehrdimensional zu denken .....	19
3. Zum „vertikalen“ Rechtsvergleich .....	21
a) Zur Maßgeblichkeit höheren Rechts S. 21 — b) Die Gemeinsamkeit des Gegenstandes S. 23 — c) „Vertikalität“ im weiteren Sinne S. 24	
4. Zum „horizontalen“ Rechtsvergleich .....	26
5. Dimensionen von Nähe und Distanz als analoge Probleme des horizontalen und des vertikalen Rechtsvergleichs .....	28
6. Spezifische Elemente der vertikalen Dimension .....	30
a) Maßgeblichkeit und funktionale Verklammerung als spezifische Vorgabe vertikaler Rechtsvergleichung S. 30 — aa) Insbesondere zur funktionalen Verklammerung S. 30 — bb) Zu den Sanktionen der Maßgeblichkeit S. 32 — cc) Ergebnis: Abfolgen horizontaler und vertikaler Rechtsvergleichung S. 33 — b) Koordination als spezifische Aufgabe „höheren“ Rechts S. 34 — c) Die spezifische Nichtidentität koordinierenden „höheren“ Rechts gegenüber den „unteren“ Rechten S. 36	
7. Insbesondere zur Begegnung nationalen Rechts mit konkurrierendem und koordinierendem supranationalem und Völkerrecht ....	40
a) Die Konzentration des Interesses auf die Ebenen national — supranational — international S. 40 — b) Die quasi-vertikale Rechtsvergleichung: Vertikalität unter Verzicht auf spezielle Maßgeblichkeit S. 42	
III. Horizontaler Rechtsvergleich im Dienst „höheren“ Rechts .....	45
1. Zur Vielgestaltigkeit von Rechtsvergleich .....	45
2. Zu den Unterschieden im Bereich des „höheren“ Rechts .....	46
a) Der horizontale Rechtsvergleich führt zu maßgeblichem oder nicht maßgeblichem „höheren“ Recht S. 46 — b) Das „höhere“	

Recht wird frei oder gebunden gesetzt oder gefunden S. 46 — c) Unterschiede in Gegenstand und Weise der Maßgeblichkeit des „höheren“ Rechts S. 49	
3. Zur Typik horizontaler Rechtsvergleichung .....	50
a) Internalisierende und außengerichtete Rechtsvergleichung S. 51 — b) Feststellende und veränderungsgerichtete Rechtsvergleichung S. 51 — c) Umfassende und selektive Rechtsvergleichung S. 53 — d) Querverbindungen S. 53	
4. Die subjektive Seite, insbesondere die verschiedenen sozialen Rollen, in denen horizontaler und vertikaler Rechtsvergleich betrieben wird .....	54
IV. Sozialrechtsvergleichung im Bezugsrahmen internationalen und supranationalen Rechts .....	57
1. Vorbemerkungen .....	57
2. Völkerrecht und Sozialrechtsvergleichung .....	58
a) Völkerrecht als Staaten-Recht S. 58 — b) Die völkerrechtliche Vorordnung des nationalen Sozialrechts S. 60 — c) Zur spezifischen Nicht-Identität von internationalem und nationalem Sozialrecht S. 63 — d) Colloquium S. 65	
3. Supranationales Sozialrecht und nationales Sozialrecht .....	65
a) Das Terrain S. 65 — b) Die Einwirkungen der Europäischen Gemeinschaften auf das nationale Sozialrecht S. 67 — c) Zur spezifischen Nichtidentität supranationalen und nationalen Rechts S. 69	
V. Abschließende Bemerkungen .....	70

## I. Projektgruppe und Thema

### 1. Was ist „internationales und vergleichendes Sozialrecht“?

Die Projektgruppe für internationales und vergleichendes Sozialrecht<sup>1</sup> hat einen Namen und somit einen Auftrag, welcher der Auslegung bedürftig ist.

Schon der Inhalt des Begriffes „Sozialrecht“ ist ungesichert. Und die Assoziationen, die er auslöst, sind recht unterschiedlich<sup>2</sup>. Man kann hier aber davon ausgehen, daß Sozialrecht alles Recht ist, das von einer sozialpolitischen Aufgabe wesentlich bestimmt ist — diese sozialpolitische Aufgabe wieder definiert als Sicherung eines menschenwürdigen Daseins für alle, durch Abbau von Wohlstandsunterschieden sowie Aufhebung oder

<sup>1</sup> s. dazu etwa „Projektgruppe für internationales und vergleichendes Sozialrecht“, Max-Planck-Gesellschaft, Jahrbuch 1976, S. 633 f., Jahrbuch 1977, S. 682 ff.; Hans F. Zacher, Einleitung in: Methodische Probleme des Sozialrechtsvergleichs, Schriftenreihe für Internationales und Vergleichendes Sozialrecht, Bd. 1, 1977, — im folgenden: „Methodische Probleme“ — S. 7 ff.

<sup>2</sup> s. dazu Hans F. Zacher, Einleitung (Anm. 1), S. 11 ff. m. w. Nachw. s. dazu denselben auch: Grundfragen theoretischer und praktischer sozialrechtlicher Arbeit, Vierteljahresschrift für Sozialrecht — im folgenden VSSR — Bd. IV (1976) S. 1 ff. (6 ff.); Was ist Sozialrecht? in: Festschrift für Horst Schieckel, 1977, S. 371 ff.

Kontrolle von Abhängigkeitsverhältnissen. Aber was das unter den jeweiligen nationalen, historischen, rechtlichen, gesellschaftlichen und politischen Bedingungen konkret bedeuten kann, und was der jeweilige Sprachgebrauch mit „Sozialrecht“ verbindet, bleibt auch und gerade von diesem sozialpolitischen Begriffsansatz her reicher Variation zugänglich. Gerade im internationalen Zusammenhang ist diese Offenheit ebenso notwendig wie beschwerlich.

Was nun bedeutet „Internationales und Vergleichendes Sozialrecht“? Bleiben wir zunächst beim „Vergleichenden“. Die Wortfügung vom „vergleichenden Recht“ macht vielleicht den genauen Leser stutzen: Recht „vergleicht“ nicht. Gemeint ist die *Rechtsvergleichung* und zwar, um einen noch zu erklärenden Terminus hier vorwegzunehmen, die „horizontale“ Rechtsvergleichung<sup>3</sup>, d. h. der Vergleich zwischen mehreren Rechtsordnungen gleicher Ebene — typischerweise zwischen mehreren nationalen Rechtsordnungen, insbesondere zwischen deren einzelnen Instituten, Regelungen, Prinzipien und dergleichen. „*Sozialrechtsvergleich*“ versucht also prinzipiell, das Sozialrecht verschiedener Staaten zu vergleichen<sup>4</sup>. Und er „heißt“ hier „vergleichendes Sozialrecht“, weil jede andere Verbindung mit dem „internationalen Sozialrecht“ von beträchtlicher Umständlichkeit wäre.

Die Wortfügung vom „*internationalen Sozialrecht*“ dagegen ist doppel-sinnig: „international“ dem Gegenstand nach (als das Sozialrecht für Tatbestände mit Auslandsberührung) oder „international“ der Quelle und den Adressaten nach (als Sozial-Völkerrecht)<sup>5</sup>.

Die Verbindung eines Teilrechtsgebietes wie des Privatrechts, des Verwaltungsrechts usw. mit dem Adjektiv „international“ zu einem „Internationalen Privatrecht“, einem „Internationalen Verwaltungsrecht“ usw. wird im deutschen Sprachraum üblicherweise dahingehend verstanden, daß der so gebildete Begriff das *Konfliktsrecht* (*Kollisionsrecht*) umfaßt, das die Begegnung verschiedener nationaler Rechte bei der Regelung von Sachverhalten, die Bezüge zu verschiedenen nationalen Rechten aufweisen, ordnet<sup>6</sup>. In diesem konfliktrechtlichen Sinn ist der Begriff des „Internationalen Sozialrechts“ auch längst vertraut, wenngleich die Tendenz, als „internationales Recht“ nicht nur die Bestimmung des zustän-

<sup>3</sup> s. unten S. 18 ff., insbesondere S. 26 ff.

<sup>4</sup> Dazu, was das bedeuten kann, im Ansatz Hans F. Zacher, Vorfragen zu den Methoden der Sozialrechtsvergleichung, in: *Methodische Probleme*, S. 11 ff.

<sup>5</sup> s. zu dieser Unterscheidung Klaus Vogel, *Internationales und interlokales Sozialverwaltungsrecht — systematische Grundlagen*, Schriftenreihe des Deutschen Sozialgerichtsverbandes Band IV, 1968, S. 46 ff. Zu noch weitergehenden Unterscheidungen s. dens., *Der räumliche Anwendungsbereich der Verwaltungsnorm*, 1965, S. 153 ff.

<sup>6</sup> s. Paul Heinrich Neuhaus, *Die Grundbegriffe des internationalen Privatrechts*, 2. Aufl. 1976, S. 1 ff.; Klaus Vogel, *Der räumliche Anwendungsbereich usw.*, insbes. S. 170 ff.

digen nationalen Rechts, sondern allgemeiner alles Recht, das sich auf ausländische Tatbestände oder Beteiligte bezieht (Recht mit Auslandsberührung), zu bezeichnen, sehr viel größer ist<sup>7</sup> als etwa im Privatrecht<sup>8</sup>.

Dagegen ist der andere Sinn von „internationalem Recht“ — der des *Rechts, das die Beziehung zwischen Staaten regelt*, im deutschen Sprachgebrauch nur wenig gegenwärtig. International law, droit international, diritto internazionale oder derecho internacional<sup>9</sup> heißt im Deutschen eher „Völkerrecht“. Dennoch darf nicht ausgeschlossen werden, „internationales Recht“ auch im Sinne von „Völkerrecht“ zu verstehen. Nicht nur Kombinationen (wie „Internationales Seerecht“ oder „Internationales Luftrecht“)<sup>10</sup>, und Eindeutschungen (wie etwa „Internationaler Gerichtshof“) gebieten das, sondern auch Sinnzusammenhänge mit „internationalen Organisationen“, die solche des Völkerrechts sind<sup>11</sup>, und endlich mit den Begriffen der internationalen Beziehungen und der internationalen Politik, deren rechtliche Entsprechung das Völkerrecht ist. So darf von einem „*Internationalen Sozialrecht*“ auch und gerade dort gesprochen werden, wo völkerrechtliche Mittel (Rechtsinstrumente und Organisationen) eingesetzt werden, um internationale Sozialpolitik zu betreiben — sei es durch Einwirkung auf die nationale Sozialpolitik und gerade auf das nationale Sozialrecht<sup>12</sup>, sei es im Sinne der Verbesserung der sozialen Relationen der Staaten zueinander, wie es das primäre Ziel des Kampfes um die sogenannte „neue Weltwirtschaftsordnung“ ist<sup>13</sup>. Schließlich stecken auch im „internationalen Sozialrecht“ im Sinne

<sup>7</sup> s. zu Meinungsstand und Gründen statt aller anderen Bernd v. Maydell, Sach- und Kollisionsnormen im internationalen Sozialversicherungsrecht, 1967, insbes. S. 14 ff.; dens., Die dogmatischen Grundlagen des inter- und supranationalen Sozialrechts, VSSR Bd. I (1973) S. 347 ff.; s. a. dens., Sozialrechtsvergleichung und internationales Sozialrecht, in: Methodische Probleme, S. 97 ff. (S. 98 ff.). — Weiterführende Aspekte s. bei Walter Selb, Internationales Sozialversicherungsrecht, VSSR Bd. IV (1976) S. 293 ff.

<sup>8</sup> s. Neuhaus (Anm. 6), S. 1: „Internationales Privatrecht in einem weiten, ungenauen Sinne ist alles Recht, das private Verhältnisse mit einem internationalen Element, mit einer ‚Außenbeziehung‘ betrifft.“ s. zum verwandten internationalen Arbeitsrecht die Begriffsbestimmung bei Franz Gamillscheg, Internationales Arbeitsrecht, 1959, S. 1 ff.

<sup>9</sup> Jeweils auch mit dem Adjektiv „public“ usw. denkbar und möglicherweise vertrauter und klarer.

<sup>10</sup> die meist schlecht durch eine Kombination mit Völkerrecht ersetzt werden können (wie „Luft-Völkerrecht“ oder „Völker-Luftrecht“?).

<sup>11</sup> s. Ignaz Seidl-Hohenveldern, Das Recht der internationalen Organisationen einschließlich der supranationalen Gemeinschaften, 2. Aufl. 1972, S. 3 ff.

<sup>12</sup> So das Verständnis bei Hans F. Zacher, Internationales und Europäisches Sozialrecht, 1976, insbes. XXXV f. — Zum verwandten Arbeitsrecht s. in diesem Sinne vor allem Gerhard Schnorr, Das Arbeitsrecht als Gegenstand internationaler Rechtssetzung, 1960.

<sup>13</sup> In diesem Sinne spricht vom „Internationalen Sozialrecht“ Christian Tomuschat, in: Die Charta der wirtschaftlichen Rechte und Pflichten der Staaten, ZaÖRV 36 (1976) S. 444 ff. (459).



des Sozialrechts für Tatbestände mit Auslandsberührung völkerrechtliche Elemente. Einerseits liegen ihm — wie allem Konfliktrecht — völkerrechtliche Vorgaben voraus<sup>14</sup>. Andererseits, und nachhaltiger noch, wird es durch völkerrechtliche Verträge (Sozialversicherungsabkommen, Fürsorgeabkommen usw.) gesetzt.

Damit aber tritt ein Gedanke zutage, der es auch ungeachtet aller Unsicherheiten der Bedeutung der Worte „Internationales Sozialrecht“ gebietet, das „Sozial-Völkerrecht“ in die Arbeit der Projektgruppe einzubeziehen. Selbst wenn nämlich „Internationales Sozialrecht“ allein im engeren Sinne von Recht mit Auslandsbezug oder im engsten, konfliktrechtlichen Sinn zu verstehen wäre, wäre Völkerrecht eine unerläßliche Implikation sowohl seiner Erforschung als auch der Sozialrechtsvergleichung. Sowohl durch völkerrechtssetzende Instrumente (insbesondere multi- und bilaterale Verträge) als auch durch die politischen, legislativen und administrativen Aktivitäten der internationalen Organisationen wirkt das Völkerrecht mittelbar und unmittelbar auf das nationale Sozialrecht und auf die (konfliktrechtliche) Begegnung der nationalen Sozialrechte ein, ja ersetzt es mitunter rein nationales Sozialrecht, vor allem rein nationales Konfliktrecht, durch zwischenstaatliche, unmittelbar anwendbare (self-executing) Verträge oder Vertragsbestimmungen. Sozialrecht kann in übernationaler — transnationaler und internationaler — Dimension nicht erfaßt, verstanden oder bewertet werden, ohne das Völkerrecht einzubeziehen.

Sind somit die Ebenen des nationalen Sozialrechts und des Völker-Sozialrechts in dem Auftrag der Projektgruppe enthalten, so bleibt die Frage nach dem *supranationalen Sozialrecht*<sup>15</sup>. In seiner Qualität sicher eigenständig, ist supranationales Recht für den Bereich der Europäischen Gemeinschaften weitgehend in die Funktion teils des nationalen Rechts, teils von Völkerrecht eingetreten. Wie dieses kann es sich an

<sup>14</sup> s. zusammenfassend m. w. Nachw. Alfred Verdross und Bruno Simma, *Universelles Völkerrecht*, 1976, S. 571 ff.

<sup>15</sup> s. dazu Hans Peter Ipsen, *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, 1972, insbes. S. 931; Jacques Jean Ribas, Marie-José Jonczy, Jean-Claude Siché, *Droit social européen*, 1973; Gérard Lyon-Caen, *Droit social international et européen*, 4. ed., 1976, insbes. S. 133 ff.; s. dazu auch: Die europäische Rechtsprechung nach zwanzig Jahren Gemeinschaftsleben“, IV. Internationaler Kongreß für Europarecht vom 24. - 26. Mai 1973 in Luxemburg, veranstaltet von der Fédération internationale pour le droit européen (F.I.D.E.), Kölner Schriften zum Europarecht Bd. 24, 1976, dort: Kommission III. „Der Beitrag der Rechtsprechung zur Freizügigkeit innerhalb der Gemeinschaft und zu den sozialen Fragen“ (S. 871 ff.) mit dem Generalbericht von Thomas Oppermann (S. 871 ff.), dem Gemeinschaftsbericht von Italo Telchini (S. 917 ff.), dem belgischen Bericht von Etienne Cerehe (S. 941 ff.), dem deutschen Bericht von Achim André (S. 981 ff.), dem französischen Bericht von Gérard Lyon-Caen (S. 1015 ff.), dem italienischen Bericht von Giuseppe Renato (S. 1033 ff.), dem niederländischen Bericht von J. J. Tromm (S. 1069 ff.) und der Zusammenfassung der Arbeitsergebnisse von Thomas Oppermann (S. 1105 ff.).

Staaten wenden, wie jenes kann es sich an den Bürger und seine Zusammenschlüsse, an Gerichte und Vollzugsorgane unmittelbar wenden. Weder Sozialrechtsvergleichung noch Arbeit auf dem Gebiet des internationalen Sozialrechts sind deshalb heute auf dem Boden der Bundesrepublik Deutschland oder eines anderen Mitgliedslandes der Europäischen Gemeinschaften noch möglich, ohne auch das Sozialrecht der Europäischen Gemeinschaften einzubeziehen.

## 2. Zum Anlaß des speziellen Themas des Colloquiums

Bezieht sich der Auftrag der Projektgruppe auf den Vergleich der nationalen Sozialrechtsordnungen, auf das supranationale Sozialrecht und auf das Sozial-Völkerrecht, so stand es außerhalb ihrer Möglichkeiten, sich allen diesen Bereichen von vornherein mit gleicher Intensität zu widmen. Die Projektgruppe räumte deshalb der *Sozialrechtsvergleichung Priorität* ein<sup>16</sup>. Dabei stieß sie freilich rasch auf die Notwendigkeit, aber auch auf die Nützlichkeit, die *supranationale* und die *völkerrechtliche Ebene* — nicht nur wie ohnehin geboten, für sich, sondern gerade auch bei der Rechtsvergleichung — *mit in Betracht* zu ziehen<sup>17</sup>.

Dafür sind vor allem *zwei Gründe* entscheidend. Der *eine Grund* ist, daß gemeinsame oder unterschiedliche *Vorgaben, welche die nationalen Rechte vom internationalen und supranationalen Recht her bestimmen*, den Vergleich der nationalen Rechte inhaltlich oder methodisch definieren. Sie bedingen Nähe und Distanz, Ähnlichkeit und Unähnlichkeit der zu vergleichenden nationalen Rechtsordnungen. Diese Vorgaben sind daher für den Rechtsvergleich von evidentem inhaltlichen, bei näherem Zusehen auch von nachhaltigem methodischen Interesse. Sie bilden „Stilmerkmale“ der verglichenen nationalen Rechtsordnungen und können zur Entwicklung von Rechtsfamilien führen<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> s. Anm. 1. Zur auslandsrechtkundlichen Vorbereitung weiterer Rechtsvergleiche s. ferner Gerhard Igl, Bernd Schulte und Thomas Simons, Einführung in das Recht der sozialen Sicherheit von Frankreich, Großbritannien und Italien, VSSR Beiheft 1, 1977.

<sup>17</sup> s. Methodische Probleme, S. 24 f., 28, 40, 62 f., 69, 78.

<sup>18</sup> s. dazu Hans F. Zacher, Vorfragen zu den Methoden der Sozialrechtsvergleichung, in: Methodische Probleme S. 34. Für das supranationale Recht ist das offensichtlich. Für das internationale Recht hat die stärkste Wirkung wohl die Arbeit der Internationalen Arbeitsorganisation zu verzeichnen (s. exemplarisch A. Mallet, Diversification or Standardification: Two Trends in Latin American Social Security, International Labour Review 101 (1970) S. 81 ff.). Doch stößt die Projektgruppe auch in anderen Zusammenhängen immer wieder auf den intensiven Einfluß der IAO auf die nationalen Rechte und also auch auf deren Gemeinsamkeiten. s. dazu auch Johannes Schregle unten S. 133 ff.). Doch kann darauf vertraut werden, daß auch der sozialpolitischen Aktivität des Europarates mehr und mehr „stilbildende“ Kraft für Sozialpolitik und -recht der Mitgliedstaaten zukommt.

Der zweite Grund ist, daß sich *Verwandtschaften zwischen dem „horizontalen“ Rechtsvergleich* (dem Vergleich also insbesondere zwischen verschiedenen nationalen Rechten) und dem *„vertikalen“ Rechtsvergleich* (dem Vergleich also zwischen Völkerrecht und nationalem Recht, Bundesrecht und Landesrecht, Verfassungsrecht und Gesetzesrecht usw.) zeigten<sup>19</sup>, ja daß es im Geflecht von Geltungsgründen und -ansprüchen, sachlichen und örtlichen Geltungsbereichen, rechtssetzenden und rechtsanwendenden Autoritäten mitunter schwer schien, zwischen „horizontaler“ und „vertikaler“ Vergleichung zu unterscheiden<sup>20</sup>. Aus all dem erwuchs das Bedürfnis, dem internationalrechtlichen und supranationalrechtlichen Bezugsrahmen der Sozialrechtsvergleichung eine eingehendere Erörterung zu widmen.

### **3. Insbesondere zur spezifischen Verflechtung von internationalem (supranationalem) und nationalem Sozialrecht**

Im Hintergrund steht freilich die Eigenart und die außerordentliche Dichte, mit der internationales und nationales Sozialrecht ineinandergreifen. Woraus ergeben sie sich? Sozialpolitik ist heute fast überall der größte Schatz der nationalen Politik. Fast jeder Staat will irgendwie Sozialstaat sein. Sozialrecht als zentrales Medium der Sozialpolitik zeichnet sich deshalb durch einen hohen Grad an nationaler Autonomie und Individualität aus. Auf der anderen Seite drängt vieles zu einer internationalen Vereinheitlichung des Sozialrechts: das Interesse am Abbau sozialer Hemmnisse gegen den Wechsel des Wohn- und Arbeitsortes über nationale Grenzen hinweg; das Interesse an der internationalen Angleichung der sozialen Daten des wirtschaftlichen Wettbewerbs; die Gleichheitsidee, die a priori zu den wichtigsten Impulsen einer Sozialpolitik gehört, und die nicht ohne Inkonzsequenz an nationalen Grenzen enden kann; endlich die allgemeine Verantwortung des Menschen für den Menschen, die ihm den Kampf gegen Not und für eine menschenwürdige Existenz über die nationalen Schranken hinaus aufdrängt, und die in einer „immer kleiner werdenden“ Welt immer bewußter gewor-

<sup>19</sup> Der Verfasser glaubt, die ersten nachhaltigen Anregungen hierzu von J. J. M. van der Ven im Rahmen der Korrespondenz zur Vorbereitung des Colloquiums 1976 der Projektgruppe (s. Methodische Probleme) und des Referats van der Vens im Rahmen dieses Colloquiums (Das rechtsvergleichende Forum der IAO, in: Methodische Probleme, S. 171 ff.) bekommen zu haben und möchte nicht nur diese Urhebererschaft bekennen, sondern auch seinen Dank dafür abstaten.

<sup>20</sup> s. dazu Hans F. Zacher, Vorfragen usw. (Anm. 4), insbes. S. 24 ff., 27 f., 34, 40 f., 62 f., 69, 73; J. J. M. van der Ven, Das rechtsvergleichende Forum der IAO, ebenda S. 171 ff. sowie den Diskussionsbericht hierzu (S. 188 ff.); Kurt Jantz, Was ergeben die Erfahrungen bei der supranationalen Harmonisierung von Sozialrecht für einen Sozialrechtsvergleich? ebenda S. 195 ff., sowie den Diskussionsbericht hierzu (S. 125 ff.).

den ist. Staatengemeinschaften endlich wie die Europäischen Gemeinschaften können darüber hinaus die ihnen aufgegebenen funktionale und institutionelle Konkurrenz mit den Mitgliedstaaten nicht bestehen, wenn sie sich nicht in die „sozial-staatliche“ Bewährung mit ihnen teilen.

Wie aber läßt sich dieser für die Sozialpolitik heute kennzeichnende hohe Grad an nationaler Autonomie und Individualität mit dem nicht minder hohen Grad an internationalem Streben nach Angleichung und wechselseitiger Öffnung vereinbaren? Die Antwort ist ein Ineingreifen der Regelungen, das dem nationalen Recht seinen definitiven und umfassenden Charakter läßt, gleichwohl aber dem Unterschied und vor allem der Verslossenheit nach außen Grenzen steckt. Das geschieht vor allem in *zwei Richtungen*. Die eine ist die der *kollisionsrechtlichen Regelungen*, die vor allem dem Abbau sozialpolitischer Wanderungshemmnisse dienen. Sie finden sich z. B. in den internationalen Sozialversicherungsabkommen und in den europarechtlichen Verordnungen über die soziale Sicherung der Wanderarbeitnehmer. Das nationale Sozialrecht in sich bleibt hier prinzipiell unbeeinflusst. Nur der Sachbereich der Fälle mit Auslands- und Ausländerberührung wird einem internationalen oder supranationalen Regime unterstellt.

Der andere Weg ist der der *Standardisierung des nationalen Rechts*. Um hier die Autonomie des nationalen Sozialrechts zu schonen, muß sich das internationale Sozialrecht auf Prinzipielles und Programmatishes beschränken — wie das für die Konventionen der Internationalen Arbeitsorganisation und des Europarates typisch ist. Das supranationale Recht versucht darüber hinaus den Weg der Angleichung, der inhaltlich wohl mehr Gleichheit will, aber ebenso größere nationale Resistenzen zu überwinden und mehr nationale Gefährdung des Erreichten zu gewährleisten hat.

Nicht also das Völkerrecht, das sich an das Verhalten des Staates wendet, und abgesehen vom Kollisionsrecht auch nicht das „internationale Einheitsrecht“, das auf möglichst unmittelbare Gleichheit der Regelungen zielt<sup>21</sup>, bestimmen die Eigenart des internationalen und supranationalen Sozialrechts. Das bloß auf das äußere Staatsverhalten gerichtete Völkerrecht würde das nationale Sozialrecht zu wenig erreichen. Das „Einheitsrecht“ würde die nationale Autonomie und Individualität zu sehr beeinträchtigen. Vielmehr sind es vor allem die Vereinheitlichung des Kollisionsrechts und die Setzung internationaler Standards, die den Charakter des internationalen und europäischen Sozialrechts in der Sache bestimmen. Gerade aus dieser Eigenheit ergibt sich aber die Dichte des Neben- und Ineinander von internationalem und

<sup>21</sup> s. Jan Kropholler, Internationales Einheitsrecht, 1975 — im folgenden: Kropholler — S. 1 ff.; Neuhaus (Anm. 6), S. 8 ff.

supranationalem Recht einerseits und von nationalem Recht andererseits. Weder überläßt das internationale und supranationale Recht dem nationalen Recht das Feld, noch gibt sich das nationale Sozialrecht zugunsten des internationalen und supranationalen Rechts auf. Dieses sucht jenes zu beeinflussen. Und so findet sich weithin ein- und dieselbe Materie in beiden Ebenen geregelt.

#### 4. Zum Folgenden

Dieses spezifische Miteinander von internationalem bzw. supranationalem und von nationalem Sozialrecht also sollte in dem in diesem Band wiedergegebenen Colloquium auf dem Nenner der Begegnungen von horizontaler und vertikaler Rechtsvergleichung gesehen und diskutiert werden. Dabei ergab sich die Fruchtbarkeit des Ansatzes gerade für den Sozialrechtsvergleich. Ebenso aber zeigten schon die Diskussionen und Korrespondenzen, die der Vorbereitung des Colloquiums dienten, als auch das Colloquium selbst, daß dieser Ansatz noch intensiver weiterer Klärung bedarf.

Nach dem ihnen vorgegebenen Forschungsstand, aber auch im Hinblick auf die exemplarische Natur der meisten Themen konnten weder die Referate noch die Diskussionen die durchgehenden Linien einer solchen Klärung, wie sie sich bei der Vorbereitung und noch mehr im Verlaufe des Colloquiums abzeichneten oder zumindest andeuteten, zusammenhängend darstellen. Deshalb ist es das Bemühen dieser Einleitung, diese Linien festzuhalten (s. vor allem unten II.). So möge einerseits der Rahmen, in dem die Referate und Diskussionen zu sehen sind, deutlicher werden. Andererseits aber soll so der weiteren systematischen Vertiefung und Nutzung dieses Ansatzes der Weg bereitet werden.

Die Diskussionen stießen immer wieder auch darauf, wie stark horizontaler Rechtsvergleich sich mit seinen Zusammenhängen und Zwecken auch hinsichtlich seiner Gegenstände und Methoden wandelt<sup>22</sup>. War die Vermutung zunächst vor allem die, daß die Beziehung horizontalen Rechtsvergleichs zu Recht „höheren“ Ranges — und also die Begegnung mit vertikalem Rechtsvergleich dem horizontalen Rechtsvergleich spezifische Züge gibt —, so zeigte sich gerade während des Colloquiums, wie sehr sich auch innerhalb dieses Rahmens noch die Konstellationen zu ändern vermögen. Auch darüber mehr Notizen festzuhalten, als es ihrem konkreten Auftrag nach die Diskussionsberichte tun können, ist der Zweck dieser Einleitung (s. insbes. unten III.).

<sup>22</sup> s. dazu vor allem Léontin-Jean Constantinesco, Rechtsvergleichung Bd. I 1971, und Bd. II, 1972 (im folgenden Constantinesco I bzw. Constantinesco II), Bd. II S. 58 - 68 und S. 331 ff. (= Dritter Teil), insbes. S. 371 ff.

Endlich sollen einige speziellere Überlegungen zum internationalen und supranationalen Sozialrecht und seinem Verhältnis zu den nationalen Sozialrechten und ihrer Vergleichung (s. unten IV.) die Brücke zum eigentlichen Colloquiumsbericht schlagen. Daß es bei allem nur darum gehen kann, den bisherigen Stand dieser Überlegungen festzuhalten, kann nicht nachdrücklich genug betont werden. Die Ansätze scheinen der weiteren Verfolgung wert zu sein; nicht weniger scheinen sie ihrer zu bedürfen.

## II. Horizontaler und vertikaler Rechtsvergleich

### 1. Der weitere Sinn von „Rechtsvergleich“

Wenn hier von horizontalem und vertikalem Rechtsvergleich die Rede ist, so ist offensichtlich, daß der Rahmen des Spezifischen, das Rechtsvergleichung im Zusammenhang mit dem Vergleich zwischen verschiedenen nationalen Rechten meint, überschritten wird. *Vergleichung* wird hier in einem *allgemeineren Sinn* verstanden<sup>23</sup> als das Aneinander-Heranzuführen von vermutlich Vergleichbarem, als die Feststellung der Gleichheiten und Ungleichheiten, Ähnlichkeiten und Unähnlichkeiten und schließlich — je nach dem Sinnzusammenhang — als die Ermittlung der Relevanz von Gleichheit und Ungleichheit, Ähnlichkeit und Unähnlichkeit. Und *Rechtsvergleichung* wird dabei überall dort für möglich gehalten, wo rechtliche Regelungen in diesem Sinn aneinander herangeführt werden — nicht nur, wo ein hinreichend gleiches Problem je in mehreren in sich geschlossenen Rechtsordnungen „parallel“ vom Recht aufgegriffen und zu lösen versucht wird, sondern auch dort, wo ein gemeinsames Problem von Normen oder Normgruppen verschiedener, einander zugeordneter Schichtung (wie etwa zwischen Völkerrecht und innerstaatlichem Recht) angegangen wird. Entscheidend ist, daß Rechtsnormen vergleichend aneinander herangeführt werden<sup>24</sup>. Entscheidend ist, daß es ein gemeinsames Problem gibt, dem sie zugeordnet sind, an Hand dessen sie vergleichbar sind<sup>25</sup>. Daß Problem und rechtliche Regelung sich anders zueinander verhalten, wenn etwa eine Norm (z. B. na-

<sup>23</sup> Constantinesco II, S. 30 f.

<sup>24</sup> Siehe in einem weiteren Zusammenhang Rechtsbildung und Rechtsanwendung als ein „Zueinander-in-Entsprechung-Bringen“ von Normen und Sachverhalten Arthur Kaufmann, Analogie und „Natur der Sache“, in: Arthur Kaufmann, Rechtsphilosophie im Wandel, 1973, S. 272 ff.

<sup>25</sup> Siehe Constantinesco II, S. 100 ff. Siehe auch Konrad Zweigert und Heinz Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, 2 Bde. (Bd. I 1971, Bd. II 1969) I S. 42 f. — Siehe zu einer entsprechenden Ausweitung des Begriffs der Rechtsvergleichung auch Hans Michael von Heinz, Entsprechungen und Abwandlungen des privaten Unfall- und Haftpflichtversicherungsrechts in der gesetzlichen Unfallversicherung nach der Reichsversicherungsordnung, 1973, S. 163 f. m. w. Nachw.

tionalen Rechts) ein Problem direkt und abschließend zu regeln hat, während eine andere Norm (z. B. des supranationalen Rechts) nur die Grundlinie für die Lösung des Programms vorgibt, als wenn zwei Regelungen (z. B. beide des nationalen Rechts) das hier wie dort auftretende Problem angehen, und daß von diesen Unterschieden auch das Geschäft der vorrechtlichen Problemformulierung<sup>26</sup> geprägt wird, steht außer Frage<sup>27</sup>. Manchen wird erschrecken, daß in diesem Sinn auch Phänomene wie die Normenkontrolle, die primär als Subsumtion begriffen werden, als Rechtsvergleichung verstanden werden. Doch sei dazu betont, daß die jeweilige spezifische Eigenart dieser „vertikalen“ Beziehungsvorgänge nicht in Zweifel gezogen werden soll. Hier geht es primär darum, sie auch in diesem anderen Zusammenhang zu sehen und zu verstehen. Wie das auf die Interpretation des einzelnen Phänomens zurückwirkt, kann und braucht hier nicht weiterverfolgt zu werden.

## **2. Zum spezifischen sozialrechtlichen Anlaß, „Rechtsvergleich“ mehrdimensional zu denken**

Vielleicht ist es nützlich, ein Beispiel dafür zu geben, wie der Gedanke eines solchen *weiteren* Rechtsvergleichs in multiplen Zusammenhängen zustande kommen kann und warum er sich gerade für das Sozialrecht aufdrängt. Das Sozialrecht kennt — wie oben schon bemerkt<sup>28</sup> — viele internationale Konventionen, die Standards nationalen Sozialrechts festsetzen und sie durch Kontrollverfahren sanktionieren<sup>29</sup>. Die wichtigsten Beispiele sind die Übereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation und die Konventionen des Europarates<sup>30</sup>. Auf Grund von Berichten prüfen Experten und schließlich politische Gremien, ob die Standards vom nationalen Recht auch eingehalten werden. Diese Anwendung internationalen Rechts auf die nationalen Rechtsordnungen erinnert an die Anwendung höherrangigen Rechts auf niederrangiges Recht, wie sie auch innerhalb der nationalen Rechtsordnungen bekannt ist: Verfassungsrecht auf Gesetzesrecht, Bundesrecht auf Landesrecht usw. Rechte verschiedener Ebenen werden aneinander herangeführt, Übereinstimmung und Nichtübereinstimmung werden geprüft, und die Relevanz von Nichtübereinstimmungen steht zur Entscheidung. Schon bei der Vorbereitung solcher Konventionen wird aber ein ähnlicher Denkvorgang notwendig sein. Dabei ist ein Verhältnis zu den

<sup>26</sup> s. dazu Hans F. Zacher, Vorfragen (Anm. 4), S. 41 ff.

<sup>27</sup> s. dazu unten S. 23 f., 28 f., 31 f., 36 f.

<sup>28</sup> s. oben S. 16.

<sup>29</sup> Siehe die Texte bei Zacher, Internationales und Europäisches Sozialrecht (Anm. 12).

<sup>30</sup> s. dazu noch einmal van der Ven (Anm. 20) und unten Johannes Schregle, S. 133 ff. und Siegfried Nagel, S. 161 ff.

nationalen Rechten herzustellen, die ja entweder garantiert oder verändert werden sollen. Die nationalen Rechte sind also zu dem Projekt des nationalen Rechts, das die Konvention darstellt, in Beziehung zu setzen — mit ihm zu vergleichen.

Dabei bleibt die Rechtsvergleichung in der herkömmlichen Dimension des Vergleichs nationaler Rechte erhalten. Sie gewinnt jedoch neue Aufgaben und Bezugspunkte. Bei der Vorbereitung der Konventionen ist diese Rechtsvergleichung notwendig, um die Relation des Projekts zu der Gesamtheit der potentiell zu betreffenden Rechtsordnungen, zu ihren Gemeinsamkeiten und Eigenarten, zu ihren Wesentlichkeiten und Unwesentlichkeiten herzustellen<sup>31</sup>. Dies wiederholt sich bei der Anwendung der Konventionen (die mehr oder weniger ja immer ein neues Stück konkreter Vertragsschöpfung ist)<sup>32</sup>. Dazu kommt für die Anwendung aber auch der Aspekt der Gleichheit der Handhabung gegenüber mehreren betroffenen Staaten. Er gibt der Rechtsvergleichung einen spezifischen Sinn und Auftrag. Ist Rechtsanwendung ein Denken in Konsequenzen, so erfordert die Anwendung internationaler Konventionen nicht zuletzt, daß bei der Anwendung einer Konvention auf ein Land bedacht wird, was die Konsequenzen für andere Länder sein werden<sup>33</sup>. Schließlich aber bleibt die „reine“ Rechtsvergleichung in diesen Gesamtvorgang auch insofern einbezogen, als die Einmischung des internationalen Rechts in das nationale ein Faktor der Gemeinsamkeit für die betroffenen nationalen Rechte ist, bei deren Vergleich untereinander also ebensowenig vergessen werden darf wie bei ihrem Vergleich mit nicht einbezogenen Rechtsordnungen.

Von hierher bietet sich das Denken in einem *Dreieck* an, dessen *Grundlinie* die Dimension der betroffenen *nationalen Rechte und ihrer Vergleichung* symbolisiert, während der *Scheitelpunkt* für die gemeinsame *internationale Konvention* und die *Verbindungslinien* zwischen ihm und der Grundlinie für den „*Vergleich*“ zwischen *nationalem und internationalem Recht* stehen. Und weiter bietet es sich an, letztere Dimension als die „vertikale“, erstere als die „horizontale“ zu bezeichnen. Verläßt man freilich den Rahmen des Beispiels, so zeigen sich auch die Grenzen der Leistungsfähigkeit dieser Bildvorstellung und also auch ihre Bedenklichkeiten.

<sup>31</sup> Constantinesco II, S. 380 ff. Siehe zur Rechtsvergleichung im Dienst internationaler Gesetzgebung auch Hans G. Ficker, Zur internationalen Gesetzgebung, in: Vom deutschen zum europäischen Recht, Festschrift für Hans Dölle, Bd. II, 1963, S. 35 ff.

<sup>32</sup> Siehe Constantinesco II, S. 388 ff. — Zur Exemplifikation siehe noch einmal die in Anm. 30 Zitierten und die Diskussionsberichte zu deren Referaten.

<sup>33</sup> s. zum Vorigen die eindringlichen Beispiele bei Hermann Mosler, Rechtsvergleichung vor völkerrechtlichen Gerichten, Internationale Festschrift für Alfred Verdross, 1971, S. 381 ff.



### 3. Zum „vertikalen“ Rechtsvergleich

#### a) Zur Maßgeblichkeit höheren Rechts

Vertikal meint ein Oben und Unten, hier also eine Hierarchie. Vertikal meint so in bezug auf zwei oder mehrere gleichzeitig<sup>34</sup> bestehende Rechtsordnungen (Rechtsnormen) zugunsten der „oberen“ eine Maßgeblichkeit, einen Geltungsanspruch, eine Verbindlichkeit oder eine Vornahme. Wir finden eine solche Relation etwa zwischen

- Gesetzesrecht / Verordnungs- und Satzungsrecht
- Verfassungsrecht / Gesetzesrecht
- Bundesrecht / Landesrecht
- Supranationalem Recht / Mitgliedstaatenrecht
- Völkerrecht / nationalem Recht.

Lassen wir zunächst einmal — absichtsvoll: um die Voreingenommenheit gegenüber den übergreifenden Kategorien gering zu halten — die wichtige Zäsur beiseite, die zwischen innerstaatlichem und überstaatlichem Recht liegt<sup>35</sup>, so bleiben doch vor allem drei Unterscheidungen zu bedenken, die der Masse vertikaler Rechtsnorm-Beziehungen Gestalt geben und auch ihr Verhältnis zur horizontalen Rechtsvergleichung bestimmen: gleicher oder unterschiedlicher Geltungsbereich (1), Funktionsgleichheit oder Funktionsteilung (2) und Weise und Intensität der Maßgeblichkeit (3).

#### (1) Zunächst zur Alternative: *gleicher oder unterschiedlicher Geltungsbereich*.

- Vertikaler Rechtsvergleich kann Rechtsebenen vor sich haben, die sich *nur durch* Geltungsweise und Geltungsrichtung (meist artikuliert als „Rang“) *unterscheiden* (Beispiel: Verfassungsrecht / Gesetzesrecht im Einheitsstaat). Die vertikale Dimension ist hier isoliert. Die horizontale Dimension fehlt.
- Vertikaler Rechtsvergleich kann Rechtsebenen vor sich haben, die sich *durch* den (meist) *territorial oder personal partikularen* oder den jeweils *umfassenderen Geltungsbereich unterscheiden* (Beispiel: Bun-

<sup>34</sup> Maßgeblich ist im Verhältnis verschiedener Rechtsnormen zueinander auch in der zeitlichen Dimension denkbar: *lex posterior derogat legi priori*. (Hier zeigt sich einmal mehr, daß Rechtsgeschichte Rechtsvergleich in der zeitlichen Dimension ist). In der bisherigen Literatur wird eigentümlicherweise der Terminus „*vertikale Rechtsvergleichung*“, soweit ersichtlich, speziell in dieser *historischen Dimension* verwendet. Siehe dazu Constantinesco II, S. 51 f.; Zweigert / Kötz (Anm. 25), S. 21. Diese Hierarchie kraft zeitlicher Folge muß hier aber außer Betracht bleiben. — Zur Zeitdimension im Sozialrechtsvergleich s. a. Methodische Probleme S. 30 f., 60 f., 70 ff.

<sup>35</sup> s. u. S. 28 ff.

desrecht / Landesrecht). Die Möglichkeit der Begegnung vertikaler und horizontaler Rechtsvergleichung zeigt sich hier an.

(2) Sodann zur Unterscheidung: *Funktionsgleichheit oder Funktionsteilung*.

- Vertikaler Rechtsvergleich kann *Rechtsebenen* vor sich haben, die *einander* in der Regelung eines Gegenstandes *ausschließen*. Was in der einen Ebene geregelt ist, kann dann in der anderen nicht auch — sicher nicht abweichend, allenfalls also durch reine Rezeption der Regelung der anderen Ebene — geregelt sein (Beispiel: „Bundesrecht bricht Landesrecht“). Vertikaler Rechtsvergleich bedeutet in diesem Fall in der Regel, darüber zu befinden, ob zwei einander ausschließende Regelungen vorliegen, von denen die nachrangige dann ungültig wäre oder sonstwie weichen müßte. Diese Verkümmern der vertikalen Rechtsvergleiche läßt den Fall auch für die Begegnung von horizontalem und vertikalem Rechtsvergleich als einen Grenzfall erkennen.
- Sehr viel häufiger bedeutet vertikale Rechtsbeziehung aber, daß von mehreren *Rechtsebenen* eine die unmittelbare Regelung eines Gegenstandes (etwa der sozialen Sicherheit) übernimmt, eine andere aber bestimmte Inhalte programmatisch vorgibt (z. B. multilaterale Konventionen der Internationalen Arbeitsorganisation oder des Europarates oder auch bilaterale Sozialversicherungsabkommen) oder auch verbietet (z. B. Diskriminierungsverbote des nationalen Verfassungsrechts, der Grundrechtskonventionen des Europarates oder der Vereinten Nationen oder auch des supranationalen europäischen Rechts). Die höhere Ebene hat dann einen *vorordnenden* Charakter (besonders typisch etwa EG-Richtlinien). Dieses Zusammenwirken kann aber auch darin bestehen, daß das höhere Recht einen direkt geltenden *Rahmen* steckt, der von dem niedrigeren Recht zu einer insgesamt funktionsfähigen Regelung ergänzt wird, so daß dem höheren Recht vorordnender und ordnender Charakter zugleich zukommt (Hauptbeispiel: Rahmenrecht des Bundes, das selbst unmittelbar gilt und nicht nur für den Landesgesetzgeber). Für alle diese Fälle ist eine — im einzelnen sehr unterschiedlich strukturierte — *Arbeitsteilung der verschiedenen Rechtsebenen* zu beobachten, auf die noch zurückzukommen ist<sup>36</sup>. Sie bezieht sich auf die Bewältigung des gemeinsamen Problems, das die Möglichkeit und Notwendigkeit dann auch des Rechtsvergleichs konstituiert.

(3) Die Vielfalt der *Rechtstechniken der Maßgeblichkeit* der höheren Norm für die niedrigeren Normen ist wohl unerschöpflich.

<sup>36</sup> s. u. S. 23 f. und S. 30 ff.

- Die Vereinbarkeit mit dem höheren Recht kann für das niedrigere positive (Ermächtigung) oder negative *Geltungsbedingung* (mit der Sanktion der Nichtigkeit oder der Vernichtbarkeit, Anfechtbarkeit usw.) oder (obligatorische) *Verpflichtung* sein, die mit allgemeinen oder spezifisch gestalteten Sanktionsmechanismen des Völkerrechts, des supranationalen Rechts oder des staatlichen Rechts mittels gerichtlicher Rechtsbehelfe oder einseitig (z. B. staats- und verwaltungsrechtlich etwa im Wege der Aufsicht oder vertrags- oder allgemein völkerrechtlich etwa im Wege der Vergeltung) durchgesetzt wird, ohne daß die Verletzung schon die Geltung beeinträchtigte. Möglich ist auch, daß mehr oder minder nur eine prozessuale Rechenschaftspflicht oder die Feststellung der Pflichtverletzung und deren „moralische“ Wirkung vorgesehen ist (wie etwa im Kontrollverfahren zur Europäischen Sozialcharta). Alle diese Zusammenhänge implizieren vertikalen Rechtsvergleich.
- Nicht auszuschließen ist, daß das „*höhere Recht*“ nur deklaratorische Bedeutung hat (wie etwa Verfassung in autoritären oder auch radikal mehrheits-demokratischen Staaten, denen die juristisch wirksame Selbstbindung an ein Verfassungsrecht hinderlich ist, die aber gleichwohl Leitlinien für Politik und Recht deklarieren wollen; ähnlich auch die Funktion internationaler Proklamationen, wie zuletzt spektakulär etwa das Abkommen von Helsinki). Doch kann sein, daß das Aneinander-Heranführen von solchen Texten und Rechtsnormen dem Rechtsvergleich vollends unähnlich ist.

Vielfältig sind sodann die Möglichkeiten in Hinsicht darauf, wer die Nichtübereinstimmung *geltend machen* kann (z. B. nur Vertragspartner oder jedermann) und wer über sie *zu entscheiden* hat (z. B. die besonderen Kontrollorgane der Internationalen Arbeitsorganisation zur Durchsetzung ihrer Konventionen und des Europarates zur Durchsetzung der Europäischen Sozialcharta; oder das Verwerfungsmonopol des Bundesverfassungsgerichts nach Art. 100 des Grundgesetzes). Dies zu systematisieren, ist hier nicht der Ort. Es geht nur darum, die Vielfalt der Zusammenhänge zu demonstrieren, in denen „vertikaler“ Rechtsvergleich geboten sein kann.

#### b) Die Gemeinsamkeit des Gegenstandes

Alle diese Fälle setzen ein Mindestmaß an Gemeinsamkeit des Gegenstandes von „höherem“ und „niedrigerem“ Recht voraus. Vielfältig aber ist die Weise, auf die sie sich in die Bewältigung dieses gemeinsamen Gegenstandes teilen. Die Unterscheidung zwischen der „toten Alternative“ der Ausschließlichkeit und der „vitalen Alternative“ der Funktionsteilung wurde schon genannt. Und die vielfältigen Möglichkeiten eben dieser Funktionsteilung wurden schon angedeutet. Zu betonen ist

aber noch eine Unterscheidung, die hier mit den Vokabeln von „*Idealteilung*“ und „*Realteilung*“ des gemeinsamen Gegenstandes artikuliert werden soll.

Vorordnung durch Programme, Prinzipien usw. kann als „*Idealteilung*“ betrachtet werden. Das „höhere“ Recht regelt grundsätzlich und distanziert, das „niedrigere“ detailliert und definitiv, aber doch nach „oben“ gebunden. Ihr Terrain aber ist dasselbe. Der letzte Satz freilich ist der Erläuterung bedürftig. Er gilt uneingeschränkt, wo etwa Programm und definitive Regelung beide „Feldcharakter“ haben und sich darin decken: etwa internationale und nationale Regelungen über Krankenversicherung. Das gemeinsame Terrain hat dagegen im Verhältnis zu den Regelungsbereichen der beiden vertikal zueinander stehenden Instrumente Ausschnittscharakter, wenn etwa eine internationale Regelung über Wanderarbeitnehmer auf den Status eines Wanderarbeitnehmers im nationalen Krankenversicherungsrecht anzuwenden ist. Das gemeinsame Terrain ist der Überschneidungsbereich der Krankenversicherung für Wanderarbeitnehmer. Und das gemeinsame Terrain schrumpft auf ein Minimum, wenn sehr prinzipielle internationale Garantien, wie etwa Menschenrechte, auf nationales Sachrecht anzuwenden sind. Der gemeinsame Gegenstand einer internationalen Garantie der körperlichen Unversehrtheit und des nationalen Krankenversicherungsrechts ist dann etwa die Sicherung der körperlichen Unversehrtheit im Krankenversicherungsrecht.

„*Realteilung*“ dagegen kann so aussehen, daß beide Rechtsschichten gleichermaßen detailliert und definitiv regeln und zwar getrennte Gegenstände, die aber so ineinander verklammert sind, daß sie zusammen einen einheitlichen Gegenstand bilden. Dann ist es zumeist auch der Zweck des Systems, daß die Befugnis des „höheren“ Rechts, gewisse Gegenstände zu regeln, auf die Befugnis des „niedrigeren“ Rechts, den „Rest“ zu regeln, steuernd ausstrahlt. Dieses Phänomen hier hervorzuheben, besteht deshalb Anlaß, weil nicht selten „höheres“ internationales oder supranationales Sozialrecht darauf reduziert ist, die Begegnung der „niedrigeren“ nationalen Sozialrechte zu kontrollieren und die Durchlässigkeit der nationalen Systeme zu gewährleisten. Das geschieht vor allem durch Kollisionsrecht. In dem Maße, in dem das „höhere“ Recht damit dem „niedrigeren“ nationalen Sozialrecht rechtlich Verbindliches oder auch faktisch Zwingendes für die Gestaltung des nationalen Rechts vorgibt und vorgeben darf und soll, induziert das einen gemeinsamen Gegenstand beider Rechtsschichten.

### c) „*Vertikalität*“ im weiteren Sinne

Gemeinsamkeit des Gegenstandes und Maßgeblichkeit des „höheren“ Rechts für das nachgeordnete in bezug auf den gemeinsamen Gegenstand

konstituieren das Wesentliche der vertikalen Dimension. Vertikalität ist nun auch in einem allgemeineren Sinn denkbar. Das Vorstellungsbild vertikaler Anordnung von Rechtsebenen ist auch dann berechtigt, wenn eine Rechtsebene für die andere *überhaupt* — in bezug auf gewisse Gegenstände oder jedenfalls das Rechtssubjekt der anderen Ebene — maßgeblich sein kann (in diesem Sinne kann etwa Völkerrecht, das den Staat bindet, der die Gesetze erläßt, als das dem staatlichen Recht gegenüber genuin höhere Recht angesehen werden). Allgemeine hierarchische Vorstellungsbilder von einem Stufenaufbau von Rechtsebenen<sup>37</sup> entsprechen meist einer solchen Vertikalität.

Dies zu sehen, ist nicht nur von Interesse, weil Rechtsvergleich in dieser Relation nicht weniger stattfindet als in der engeren „Vertikalität“ (so etwa wenn nationales Wasserrecht dazu dient, internationales zwischenstaatliches Wasserrecht zu bilden oder zu ergänzen<sup>38</sup>, wenn nationale Dienst- und Sozialsicherungsrechte die Muster für das Dienst- und Sozialsicherungsrecht internationaler Organisationen abgeben, oder wenn im Bundesstaat — ganz selbstverständlich — die Regelungsvorräte des Landesrechts auf das Bundesrecht abwandern oder umgekehrt). Dies zu sehen, ist vor allem auch aufschlußreich, weil es erlaubt, die Eigenart des im engeren Sinne „vertikalen“ Rechtsvergleiches zu erkennen. Im engeren „vertikalen“ Rechtsvergleich stehen die Maßgeblichkeit des „höheren“ Rechts für das „niedrigere“ Recht, die Funktionsteilung der beiden Rechtsschichten untereinander und die Gemeinsamkeit des Gegenstandes zueinander in einem bedingenden Zusammenhang. Im weiteren „vertikalen“ Rechtsvergleich fehlt es mangels Maßgeblichkeit des „höheren“ Rechts für das „niedrigere“ Recht an einer entsprechenden Funktionsteilung und also auch an der Gemeinsamkeit des Gegenstandes. Die beiden Rechtsschichten können verglichen werden kraft der Gleichheit des vorrechtlichen Problems<sup>39</sup>, das aber hier nicht auch einen gemeinsamen Regelungsgegenstand abgibt. Sie können also verglichen werden wie sonst „Rechte“ gleichen Ranges horizontal miteinander ver-

<sup>37</sup> s. dazu etwa Hans Nawiasky, Allgemeine Rechtslehre, 2. Aufl. 1948, S. 30 ff., insbes. S. 43 ff. s. für den Einbezug des Völkerrechts ergänzend Hans Kelsen, Reine Rechtslehre, 2. Aufl. 1960, S. 228 ff., 324 f.; Verdross / Simma (Anm. 14), S. 66 ff.; s. ferner auch Harold Valladão, International and Internal Law, The Primacy of the Higher Juridical Order, in: Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound, Indianapolis, New York, 1962, S. 580 ff. — Zum Zusammenhang solcher Stufen-Vorstellungen mit dem Kollisionsrecht s. Vogel, Der räumliche Anwendungsbereich usw. (Anm. 5), S. 241 ff. (mit eingehendem weiteren Material zu den „Stufenlehren“ selbst). Zu der Relevanz für die Rechtsvergleichung s. Constantinesco II, S. 122 ff., 203 ff. Für das europäische Recht s. a. Edgar Reiners, Die Normenhierarchie in der Europäischen Gemeinschaft, Jahrbuch des öffentlichen Rechts n. F. Bd. 23 (1974) S. 1 ff.

<sup>38</sup> Siehe dazu etwa Friedrich J. Berber, Die Rechtsquellen des internationalen Wassernutzungsrechts, 1955.

<sup>39</sup> Siehe oben Anm. 25 und 26.

glichen werden<sup>40</sup>. Damit tritt aber gerade auch eine wesentliche Differenz des engeren „vertikalen“ Rechtsvergleiches zum herkömmlichen „horizontalen“ Rechtsvergleich hervor: die Überschreitung der Schwelle von der Gemeinsamkeit eines vorrechtlichen Problems, die aller Rechtsvergleich voraussetzt, zu der Gemeinsamkeit eines Regelungsgegenstandes.

#### 4. Zum „horizontalen“ Rechtsvergleich

Horizontaler Rechtsvergleich also bezieht sich auf mehrere Rechte (generell) gleichartiger oder doch (speziell) analoger Funktion, die sich in keinem Verhältnis vorgegebener Maßgeblichkeit des einen Rechts für das andere befinden, z. B.

- das „normale“ staatliche, die Lebensverhältnisse regelnde Recht (Gesetzesrecht, Verordnungsrecht, Richterrecht usw.) verschiedener Länder<sup>41</sup>
- völkerrechtliche Verträge verschiedener Partner
- Völkerrecht verschiedener internationaler Organisationen<sup>42</sup>
- und
- a priori komplizierter: supranationales Recht und funktionsgleiches Recht von Nichtmitgliedstaaten.

Diese Beispiele gehen davon aus, daß der Unterschied zwischen den zu vergleichenden „Rechten“ vor allem dadurch konstituiert wird, daß die Vergleichsobjekte in jeweils verschiedenen Rechtsordnungen angesiedelt — d. h. verschiedenen Rechtsordnungssubjekten (Staaten, autonomen Rechtssetzungsträgern, Vertragspartnern usw.) zuzurechnen — sind.

Im Blick auf den im engeren Sinne vertikalen Rechtsvergleich sind hier zwei Klärungen anzubringen. Die eine betrifft den *Makrovergleich*.

<sup>40</sup> Siehe außerdem unmittelbar folgend unten 4.

<sup>41</sup> Im nationalen Rahmen auch:

- Landesrecht verschiedener Gliedstaaten
- statutarisches Recht (Satzungsrecht) verschiedener Körperschaften oder Anstalten.

Möglicherweise kann ein solcher Vergleich auch wieder den nationalen Rahmen verlassen (z. B. Vergleich deutschen und österreichischen Landesrechts, schweizerischen kantonalen Rechts usw. oder Vergleich deutschen und schweizerischen kommunalen Satzungsrechts). Dieser gerade auch im Sozialrecht interessante Bereich (kommunales Recht vor allem im Fürsorgebereich, Statuten von Sozialversicherungsträgern) muß im folgenden vernachlässigt werden, um den Gedankengang nicht durch Komplikationen und die Gefahr irreführender Assoziationen zu erschweren.

<sup>42</sup> Insbesondere z. B. bei unterschiedlichem regionalem Zuschnitt (z. B. UN- oder IAO-Recht einerseits/Europarecht andererseits) oder bei funktionaler Differenz (etwa zwischen WHO und IAO).

Horizontaler Rechtsvergleich wird bekanntlich als Mikrovergleich oder als Makrovergleich für möglich gehalten<sup>43</sup>.

Vertikaler Rechtsvergleich dagegen ist als Makrovergleich wohl undenkbar. Das ergibt sich aus der Alternative zwischen dem Verhältnis von Ausschließlichkeit und dem Verhältnis von arbeitsteiligem Zusammenwirken, in dem vertikal einander zugeordnete Regelungen zueinander stehen können. Keines von beidem verträgt sich mit der Parallelität, in der „makro“ miteinander verglichene Rechtsordnungen nebeneinander existieren müssen.

Die andere Klärung betrifft eben den *Mikrovergleich*. Er vollzieht sich gemeinhin, indem die Lösungen des gleichen Problems in verschiedenen Rechtsordnungen miteinander verglichen werden. Der Offenheit, mit der Vokabel und Denkvorstellung des „Vergleichs“ herangezogen wurden, um vom „vertikalen Rechtsvergleich“ zu reden, entspricht es nun aber, auch für den horizontalen Vergleich die Kategorien Problem — Rechtsordnung — Lösung weiter zu „zerlegen“<sup>44</sup>.

Um den Rahmen eines Rechtsvergleichs abzugeben, müssen Rechtsordnungen nicht den Grad an Eigenständigkeit und Vollständigkeit haben, der nationale Rechtsordnungen auszeichnet. Das notwendige Minimum ist, daß das die „Rechtsordnung“ tragende Subjekt (oder: die die „Rechtsordnung“ tragenden Subjekte) oder die Gegenstände oder beides sich unterscheiden. Für den Mikrovergleich unerlässlich ist nur, daß innerhalb dieser „Rechtsordnungen“ ein engeres Element ausgemacht werden kann, das eine Lösung für ein den mehreren „Rechtsordnungen“ gemeinsames Problem darstellt. Um einige extreme Beispiele zu geben: (1) Zwei zwischen verschiedenen Vertragsparteien (Verschiedenheit der Subjekte!) geschlossene Mietverträge können verschiedene „Rechtsordnungen“ darstellen, die daraufhin verglichen werden können, in welcher Weise sie das Problem der Haftung für Mitbenutzer der Mietsache gelöst haben; (2) selbst zwei zwischen den gleichen Vertragsparteien geschlossene Verträge über das Urheberrecht an zwei verschiedenen Büchern (Verschiedenheit des Gegenstandes!) können daraufhin verglichen werden, in welcher Weise sie die Beendigung des Vertrags geregelt haben<sup>45</sup>. Für die Überlegungen hier ist dies vor allem wichtig, um etwa auch den Vergleich von völkerrechtlichen Verträgen (z. B. Sozialversicherungsabkommen) untereinander, den Vergleich verschiedener Instrumente internationaler Organisationen<sup>46</sup>, den Vergleich von partiku-

<sup>43</sup> s. etwa Max Rheinstein, Einführung in die Rechtsvergleichung, 1974, S. 31 ff.

<sup>44</sup> s. allgemein hierzu Constantinesco II, Erster Teil, II. Kapitel (S. 277 ff).

<sup>45</sup> s. noch einmal von Heinz (Anm. 25).

<sup>46</sup> Siehe demgegenüber Hans Kutscher, Thesen zu den Methoden der Auslegung des Gemeinschaftsrechts, aus der Sicht eines Richters, in: Gerichtshof

laren Gesetzen, Statuten usw. innerhalb eines nationalen Rechts oder dergleichen Vergleiche einbeziehen zu können. Im Lichte vorordnenden, höheren Rechts und somit in der Dreiecksbeziehung von vertikalem und horizontalem Rechtsvergleich, aber auch wegen der praktischen Unschärfe der Grenzen zwischen engerem und weiterem vertikalem Vergleich sowie zwischen weiterem vertikalem und horizontalem Vergleich ist die Offenheit gerade auch für solche Vergleichszusammenhänge von Bedeutung.

### 5. Dimensionen von Nähe und Distanz als analoge Probleme des horizontalen und des vertikalen Rechtsvergleichs

Diese Kriterien von Nähe und Entfernung der Vergleichsgegenstände, die Rechtsvergleichung immer in Rechnung zu stellen hat<sup>47</sup>, sind nicht eindeutig jeweils horizontalen oder vertikalen Vergleichszusammenhängen zugeordnet. Vielmehr zeichnen sich gerade hier konkrete Gemeinsamkeiten zwischen vertikalen und horizontalen Rechtsvergleichen ab. Sie können das Begegnungsfeld von horizontaler und vertikaler Rechtsvergleichung im konkreten Zusammenhang in besonderer Weise herausheben. Das will heißen: die Einheit, die sie zwischen den implizierten Vorgängen horizontaler und vertikaler Rechtsvergleichung stiften, kann wirksamer sein als die Gemeinsamkeit, die sie mit jeweils „artgleichen“ Vorgängen horizontaler oder vertikaler Rechtsvergleichung verbindet.

So gibt vor allem die Zugehörigkeit zu einer *gemeinsamen staatlichen Rechtsordnung* dem Vergleich Bundesrecht / Landesrecht, dem Vergleich der Landesrechte untereinander und schließlich dem Dreieck, in das beide Vergleiche gefügt werden können, eine gemeinsame Qualität; so wie das *Verlassen einer gemeinsamen staatlichen Rechtsordnung*

---

der Europäischen Gemeinschaften, Begegnung von Justiz und Hochschule, 27. bis 28. September 1976, 1976, I - 24: „Man hat von rechtsvergleichender Auslegung gelegentlich auch dann gesprochen, wenn zur Interpretation der Bestimmungen eines Vertrages die Vorschriften der anderen Verträge herangezogen worden sind. Dies ist nicht berechtigt. Das Gemeinschaftsrecht ist, obwohl es auf mehreren Verträgen beruht — die jedoch einheitliche Organe vorsehen —, als Einheit, als Recht der Europäischen Gemeinschaft zu verstehen. Der Grundsatz der Einheit des Gemeinschaftsrechts, das die Abwesenheit von Widersprüchen innerhalb dieser Einheit fordert, gebietet eine harmonisierende Auslegung der drei Verträge“. Kutschers These impliziert die Möglichkeit eines Vergleichs zwischen mehreren Verträgen unter den gleichen Subjekten. Nur sieht ihn Kutscher „vertikal“ überlagert durch das Verbot von Widersprüchen. Das erscheint zu allgemein. Neben notwendiger Übereinstimmung sind auch zulässige Unterschiede zwischen den Verträgen denkbar, ja wohl auch notwendig. Und auch insofern kann Vergleich zulässig und für die Auslegung nützlich sein.

<sup>47</sup> Siehe dazu etwa den Abschnitt „Die Vergleichbarkeit der zu vergleichenden Elemente“ in: Constantinesco II, S. 68 ff.



sowohl dem Vergleich Völkerrecht / nationales Recht als auch dem Vergleich mehrerer nationaler Rechte eine andere — gerade durch diese Distanz geprägte international oder transnational zu nennende — gemeinsame Qualität gibt. Auch der *Gegenstand* liefert Kriterien von Nähe und Distanz. So sind etwa völkerrechtliche Verträge und innerstaatliche Gesetze, die sich auf das Sozialversicherungsrecht beziehen, durch diese Gemeinsamkeit des Gegenstandes präsumptiv weiterreichend und intensiver vergleichbar als völkerrechtliche Verträge über Sozialversicherung mit völkerrechtlichen Verträgen über Besteuerung oder sozialversicherungsrechtliche Gesetze mit Steuergesetzen. Besonders nahe liegt das Beispiel der Verwandtschaft von völkerrechtlichen Verträgen über Kollisionsrecht mit sachlich entsprechendem nationalem Kollisionsrecht. Andere Kategorien von Nähe und Distanz der zu vergleichenden Rechtsordnungen oder Regelungen können Eigenarten des Geltungsbereiches sein: Gemeinsamkeit der betroffenen Personenkreise, regionale Gemeinsamkeiten (auch im Völkerrecht z. B. die Gemeinsamkeiten der Weltregionen, insbesondere der europäischen), oder institutionelle Parallelen (etwa zwischen Sozialversicherungsträgern oder Gerichtsbarkeiten). Endlich ist das Meer der Gemeinsamkeiten, Ähnlichkeiten, Verwandtschaften oder Unterschiede in der rechtlichen, gesellschaftlichen, politischen, ökonomischen oder technischen *Ambiance*<sup>48</sup>, wie sie für den Rechtsvergleich zum Teil auch als Stilmerkmale des Rechts begriffen werden<sup>49</sup>, zu nennen — die freilich mit Gegenstand und Geltungsbereich eng zusammenhängen. Auch und gerade diese Stilelemente haben ihren Sinn nicht nur für den horizontalen Rechtsvergleich, für den sie zunächst konzipiert wurden, sondern auch für den vertikalen Rechtsvergleich.

Gleichheit und Ungleichheit, Ähnlichkeit und Unähnlichkeit der Vergleichsgegenstände sind in der Regel das Produkt vieler Faktoren. Unter ihnen kommt im einzelnen Vergleichszusammenhang aber möglicherweise einem oder mehreren dominierende Bedeutung zu. Das gilt in horizontaler wie in vertikaler Richtung für Gleichheit, Ungleichheit, Ähnlichkeit oder Unähnlichkeit des *Gegenstandes* und für die Zugehörigkeit *entweder* zu der umfassenden, dichten, differenzierten, wirkmächtigen und geschlossenen *Ganzheit* — desselben oder eines je anderen — *staatlichen Rechts* oder zu der sporadischen, in Dichte und Differenzierung unausgeglichene, wirkschwachen und ergänzungsbedürftigen Sphäre des Völkerrechts. Jedenfalls aber gibt es typische Schwellen, an denen eine Reihe von Gemeinsamkeiten durch Verschiedenheiten ausgetauscht werden — oder umgekehrt: Verschiedenheiten durch Gemeinsamkeiten.

<sup>48</sup> s. Constantinesco II, S. 106 ff., insbes. S. 109 ff.; s. speziell zum Sozialrechtsvergleich auch Zacher, Vorfragen usw. (Anm. 4), S. 33 ff.

<sup>49</sup> Zweigert / Kötz (Anm. 25), Bd. I.

## 6. Spezifische Elemente der vertikalen Dimension

Die Skizze diente bisher dazu, die vertikale Rechtsvergleichung neben der vertrauten horizontalen Rechtsvergleichung zu identifizieren und die Gemeinsamkeiten und Unterschiede zu umreißen. Nun erscheint es geboten, die Eigenart der vertikalen Rechtsvergleichung — im Rahmen des hier und jetzt Möglichen — noch etwas zu verdeutlichen.

### *a) Maßgeblichkeit und funktionale Verklammerung als spezifische Vorgabe vertikaler Rechtsvergleichung*

Oben wurde gesagt, daß sich die — im engeren, eigentlichen Sinn — vertikale Dimension durch die Maßgeblichkeit eines Rechts für das andere auszeichnet — eine Maßgeblichkeit, deren Abwesenheit andererseits die horizontale Dimension konstituiert. Hat diese Maßgeblichkeit den Charakter der Ausschließlichkeit<sup>50</sup>, so führt Rechtsvergleich nur zur Feststellung, welche von mehreren Regelungen gelten kann oder darf. „Normale“ Rechtsvergleichung aber richtet sich auf den Vergleich nebeneinander existierender, nicht einander verdrängender Rechte. Nur der Vergleich vertikal in Funktionsteilung zusammenwirkender Rechte<sup>51</sup> ist also im engeren Sinne analog zum üblichen horizontalen Rechtsvergleich.

#### *aa) Insbesondere zur funktionalen Verklammerung*

Diese Funktionsteilung zweier „Rechte“ bei Maßgeblichkeit des einen „Rechts“ für das andere „Recht“ kann im Zusammenhang dieser Überlegungen am zweckmäßigsten typisiert werden wie folgt. Die „obere“ Regelung kann sein:

— *unmittelbar verbindliche Sachregelung*: wie die Regelung (z. B. kollisionsrechtlicher Fragen) durch unmittelbar anwendbare völkerrechtliche Verträge, die im Zusammenhang nationalen Rechts wirken, diesem aber vorgehen und es binden; oder wie bundesrechtliche Regelungen, die vom Landesrecht auch dann zu respektieren sind, wenn sie sich erst zusammen mit Landesrecht zu einer „vollen“ Regelung fügen (sei es, daß Bundesrecht — wie z. B. in der Sozialhilfe — im Sinne von Bundesrecht als Regel und Landesrecht als Ausnahme — Einzelfragen für ergänzendes Landesrecht ausspart; sei es, daß Bundesrecht einen Rahmen steckt, der mit ergänzendem Landesrecht zusammen eine funktionsfähige Regelung bildet; sei es, daß Bundesrecht und Landesrecht einander berührender Gegenstände ineinan-

<sup>50</sup> s. o. S. 22.

<sup>51</sup> s. o. S. 22.

dergreifen; wobei diese Beispiele im Verhältnis von europäischem Vorordnungsrecht und nationalem Recht der Mitgliedstaaten analog gebildet werden können);

- *prinzipielle Regelung*, die sich primär an „untere“ Rechtssetzungs-subjekte wendet und deshalb nie in gleicher Weise definitiv sein kann wie eine Sachregelung: wie der Erlaß supranationaler Richtlinien, an welche die nationalen Rechte gebunden sind; der Erlaß von Bundesrahmenrecht, das seinen Gegenstand nicht unmittelbar, sondern nur durch Vorgaben an den Landesgesetzgeber regelt<sup>52</sup>; oder auch wie — auf wesentlich andere Weise — die Geltung von Grundrechten gegenüber dem differenzierten Gesetzesrecht;
- *programmatische Regelung*, die stärker als die prinzipielle Regelung den Vorbehalt der Verwirklichung und ihre Eigengesetzlichkeit in sich trägt: wie die Festsetzung sozialrechtlicher Standards durch ILO-Übereinkommen oder Europaratskonventionen; oder wie Zusagen in völkerrechtlichen Verträgen, die durch nationales Recht erfüllt werden müssen; oder auch wie programmatische Verfassungsaufträge im Verhältnis zum Gesetzesrecht;
- *Ermächtigung*, die sich durch die Stringenz der Geltungsbedingung der Ermächtigung für derivatives Recht und die potentielle Minimalität der Sachaussage auszeichnet: wie weithin die Ermächtigung des Gesetzesrechts zu autonomem Satzungsrecht<sup>53</sup>.

Dabei sind Übergänge und Kombinationen zwischen diesen Typen denkbar und verbreitet<sup>54</sup>.

Diesem Verhältnis entspricht es, daß die vertikal zu vergleichenden Regelungen nie in gleicher Weise ähnlich sind wie etwa Regelungen

<sup>52</sup> Ein Beispiel sind die in Kanada üblichen Sozialgesetze auf Gebieten, auf denen dem Bund die Gesetzgebungsfähigkeit fehlt. Der Bund erläßt in diesen Fällen ein Gesetz über die Regelung, die er bezuschußt — der Kompetenz nach also ein Finanzgesetz, der Sache nach aber überwiegend ein Sozialgesetz. Die bundesrechtlichen Modelle sind dabei ziemlich detailliert, wenn nicht erschöpfend. Und den Provinzen bleibt, wenn sie nicht den Bundeszuschuß einbüßen wollen, mehr oder minder nur die Übernahme.

<sup>53</sup> Es versteht sich, daß diese Erscheinung sich *innerhalb* der staatlichen Rechtsordnung und ihrer Normenhierarchie findet; denn nur hier ist die lineare Ableitung des „unteren“ Rechts von den Ermächtigungen des „oberen“ Rechts denkbar.

<sup>54</sup> Nicht einheitlich einzuordnen in diese Kategorie ist das, was Jan Kropholler als „Internationales Einheitsrecht“ beschreibt. Wesentlich ist diesem Einheitsrecht zwar die unmittelbare Sachregelung. Und somit stimmt es weitgehend mit dem überein, was hier mit der ersten Kategorie gemeint ist. Aber da für Kropholler die Einheitlichkeit Vorrang hat, genügt ihm auch Übereinstimmung ohne Verbindlichkeit (Beispiel: Paralleles nationales Recht s. insbes. S. 105 ff.). Andererseits sind auch prinzipielle und programmatische Vorgaben nicht vollends ausgeschlossen (s. z. B. S. 291 f.). Jedoch hat gerade wegen dieser Offenheit Kropholler viele der hier interessierenden Probleme erörtert oder doch namhaft gemacht.

gleicher Ebene (gleicher Maßgeblichkeit) des gleichen Gegenstandes (z. B. in verschiedenen nationalen Rechten)<sup>55</sup>. Haben die im herkömmlichen Sinn horizontal zu vergleichenden Regelungen den typischen Unterschied eines gleichartigen, aber konkret anderen Gegenstandes in einer anderen (rechtlichen, eventuell auch gesellschaftlichen, politischen usw.) Umwelt, so haben die vertikal zu vergleichenden Regelungen einen typischen funktionalen Unterschied.

Dieser kann der oben angenommenen Typik folgend sein:

- partikulare Vorgabe des maßgeblichen Rechts und komplementäre Anfügung des untergeordneten Rechts im Falle der *unmittelbar verbindlichen Sachregelung*;
- prinzipielle und primär begrenzende Vorgabe des maßgeblichen Rechts und sachregelnde Differenzierung und Vollständigkeit des untergeordneten Rechts im Fall der *prinzipiellen Sachregelung*;
- prinzipielle, aber verpflichtende und steuernde Vorgabe des maßgeblichen Rechts und sachregelnde Differenzierung und Vollständigkeit des erfüllenden untergeordneten Rechts im Fall der *programmatischen Sachregelung*;
- prinzipielle Vorgabe des maßgeblichen Rechts in einer Ermächtigung, durch deren Einhaltung der Auftrag des unmittelbar sachregelnden untergeordneten Rechts begrenzt ist.

#### bb) Zu den Sanktionen der Maßgeblichkeit

Die Fülle der Gewährleistungen der Übereinstimmung von maßgeblichem und untergeordnetem Recht kann hier ebenso wie die Fülle der *Sanktionen*, die mit der *Nichtübereinstimmung* von maßgeblichem und untergeordnetem Recht verbunden sind, nicht einmal typisierend skizziert werden<sup>56</sup>. Im Verhältnis von Völkerrecht zu nationalem Recht, von supranationalem zu mitgliedstaatlichem Recht, von Bundesrecht zu Landesrecht, von Verfassungsrecht zu einfachem Recht, von staatlichem Recht zu autonomem Recht, stellen sie sich im Grundsätzlichen ebenso wie in den gegenständlichen und funktionalen, nationalen, regionalen und historischen Besonderheiten überaus vielfältig dar. Gleichwohl sind gerade diese Mechanismen und ihre Unterschiede für den Sinnzusammenhang vertikaler Rechtsvergleichung nicht fortzudenken. Vertikale Rechtsvergleichung<sup>57</sup> hat Gleichheit und Ähnlichkeit immer unter der

<sup>55</sup> s. a. nochmals oben S. 18 f., 21 ff.

<sup>56</sup> s. a. nochmals oben S. 22 f.

<sup>57</sup> Der Klarstellung halber sei folgendes angemerkt: 1. „vertikale“ Rechtsvergleichung ist hier immer im engeren Sinne der Maßgeblichkeit des „höheren“ Rechts zu verstehen. 2. Die Alternative der Ausschließlichkeit des „höheren“ Rechts wird vernachlässigt.

Voraussetzung dieser funktionalen Differenz zu verstehen. Ungleichheit und Unähnlichkeit aber haben darüber hinaus von der Prämisse der Maßgeblichkeit her immer eine spezifische Relevanz: der Ungültigkeit der nachgeordneten Norm, der Änderungspflicht des verantwortlichen Rechtssetzungsträgers; der Sanktionsbefugnisse derer, die für die Wahrung des maßgeblichen Rechts verantwortlich oder auf die Einhaltung des Rechts berechtigt sind, usw. Diese Relevanz fehlt dem Ausgang horizontaler Rechtsvergleichung.

Diese Relevanz ist rechtstechnisch aber nicht darstellbar ohne prozessuale und organisatorische Ausformung und subjektive Zuordnung der Kompetenz, über sie zu befinden. Vertikale Rechtsvergleichung ist, wenn sowohl das „obere“ als auch das „untere“ Recht schon bestehen und nicht erst geschaffen werden sollen, im einzelnen auf die verschiedenste Weise direkt eingebunden in Rechtsanwendung. Horizontale Rechtsvergleichung dagegen ist in Rechtsanwendung nur mittelbar einbezogen<sup>58</sup>. Vertikale Rechtsvergleichung ist so nicht nur methodisch in anderer Weise zugleich gebunden und gefordert. Zwangsläufig sind vielmehr auch die Unterschiede in den Zwecken und Zusammenhängen solcher Verfahren (richterliche, administrative oder politische Verfahren; hauptsächliche oder inzidente Entscheidungen; Verfahren im individuellen oder im öffentlichen Interesse usw.) und in den Subjekten der Verfahren und insbesondere der Entscheidungen (Richter, Politiker, Sachverständige usw.) auch Unterschiede der vertikalen Rechtsvergleichung.

Dient vertikale Rechtsvergleichung der Schaffung neuen Rechts, so gilt dies freilich nicht unmittelbar. Immerhin hat die Gestaltung „oberen“ Rechts zu kalkulieren, ob es die beabsichtigte Wirkung gegenüber dem vorgefundenen „unteren“ Recht haben können (Primat der spezifischen Maßgeblichkeit bei Anpassung des materiellen Inhalts), mit welchem Anspruch es die beabsichtigten Inhalte gegenüber dem vorgefundenen „unteren“ Recht ausstatten kann und soll (Primat der Inhalte bei Anpassung der Maßgeblichkeit) oder wie beides miteinander harmonisiert werden soll. Wird „unteres“ Recht geschaffen, so ist — gleichsam in Vorwegnahme der Maßgeblichkeit und Anwendung des „oberen“ Rechts — zu fragen, was die Vorgaben des „höheren“ Rechts, die Spielräume des „unteren“ Rechts und die Risiken ihrer Verflechtung sind.

#### cc) Ergebnis: Abfolgen horizontaler und vertikaler Rechtsvergleichung

Für die Begegnung von horizontaler und vertikaler Rechtsvergleichung sind von daher verschiedene Ablaufmodelle denkbar. Beginnt die

<sup>58</sup> Siehe z. B. Zweigert / Kötz (Anm. 25), S. 16 ff.

Geschichte der Begegnung mit der Nachfrage nach einer maßgeblichen „höheren“ Norm, so gibt der horizontale Rechtsvergleich die Ausgangsbasis, indem er Gemeinsamkeiten und Verschiedenheiten der zu koordinierenden Rechte ermittelt, die ihre Bedeutung und möglicherweise auch ihren Wert oder Unwert aufzeigt. Das ist die Grundlage, von der her zu entscheiden ist, inwieweit die bestehende Lage durch „höheres“ Recht stabilisiert oder verändert werden soll. Entwurf und Rechtsbefehl der „höheren“ Norm treten nicht nur in einen Vergleich zu jedem einzelnen der betroffenen „unteren Rechte“. Sie treten in einen Vergleich auch zu der erfaßten, verstandenen und bewerteten Summe der betroffenen und untereinander zu vergleichenden Rechte. Die Anwendung der „höheren“ Norm ist in gewissem Sinne immer ein erneuter Vollzug dieses Kreislaufes, da der Normwille der „höheren“ Norm immer nur in Konfrontation mit den betroffenen „unteren“ Rechten ermittelt werden kann.

Geht man von der einzelnen „unteren“ Rechtsordnung aus, so stellt sich die Frage zunächst nach dem Inhalt der „höheren“ Norm. Die Nachfrage vom „unteren“ Recht her wird sich im allgemeinen nur ergeben, wenn die „höhere“ Norm schon erlassen ist. Doch die Frage nach dem Inhalt der „höheren“ Norm ist auch wieder die Frage nach dem Inhalt der anderen betroffenen Rechte. Der vertikale Rechtsvergleich löst den horizontalen mit aus.

Schließlich kann der Anfang eines Kreislaufmodells aber auch im horizontalen Rechtsvergleich liegen. Die Frage nach der Gleichheit und Verschiedenheit nationaler Rechtsordnungen kann nicht an den supranational-rechtlichen und völkerrechtlichen Vorgaben der zu vergleichenden Rechtsordnungen oder Regelungen vorbeigehen.

#### b) Koordination als spezifische Aufgabe „höheren“ Rechts

Maßgebliches Recht kann seinen Sinn in der Koordination einer Mehrheit anderer Rechte haben. Das muß nicht so sein. So kann auch das Verfassungsrecht des Einheitsstaates für den *einen* Gesetzgeber, der es zu respektieren hat, maßgeblich sein<sup>59</sup>. Aber weitgehend vollzieht sich in der vertikalen Dimension doch auch ein Aufstieg vom Besonderen zum Allgemeinen, letztlich vom Partikularen zum Universalen.

Für diese Koordination gibt es vor allem *zwei Zielrichtungen*<sup>60</sup>. Die *eine* ist, den betroffenen Rechtsordnungen in sich einen *gleichen* oder ähnlichen *Inhalt* zu geben (Harmonisierung): sei es durch übereinstim-

<sup>59</sup> Auch kann etwa ein Vorvertrag maßgeblich sein für den Hauptvertrag zwischen den gleichen Parteien über den gleichen Gegenstand.

<sup>60</sup> Siehe noch einmal oben S. 11 f., 24.

mende Regelungen gewisser Sachbereiche (gleichsam durch Verwendung gleicher Einzelteile für im übrigen divergierende Mechanismen), sei es durch gemeinsame Prinzipien und Programme. Die *andere* ist, die Begegnung der Rechte zu erleichtern, wie es die klassische Aufgabe des Kollisionsrechts ist. Freilich ist auch dies eine Aufgabe der Vereinheitlichung nationaler oder sonstwie speziellerer Rechte. Der Unterschied zwischen beiden Erscheinungsformen liegt im Gegenstand der betroffenen spezielleren Rechte: ob die Koordination sie in ihrer reinen Binnenfunktion betrifft, oder ob die Koordination sie in ihren Schwierigkeiten und Bemühungen betrifft, das Zusammentreffen mit anderen Rechtsordnungen gleicher Ebene (gleicher Funktion) in einheitlichen regelungsbedürftigen Lebensverhältnissen zu bewältigen. Die Übergänge sind notwendigerweise fließend<sup>61</sup>.

Die *Standardisierung* des reinen *Binnenrechts* trifft auf ein sehr unterschiedliches Maß an Bereitschaft und Widerstand der betroffenen Rechtsordnungen. Es kommt darauf an, in welcher Rechtsebene sich koordinierendes und koordiniertes Recht jeweils befinden. Liegt das koordinierende Recht in einer Ebene zentraler, umfassender Rechtsverantwortung, so ist diese Koordination der partikularen Rechte „natürlich“. Dies ist paradigmatisch so im Verhältnis von staatlichem zu autonomem (kommunalem, personalverbandlichem, anstaltlichem) Recht. Und es kann — je nach Konzeption und Entwicklung der Kompetenzen — so sein im Verhältnis des Bundesrechts zum Landesrecht im Bundesstaat. Liegt dagegen das koordinierte Recht in einer Ebene zentraler, umfassender Rechtsverantwortung, so erscheint die Einmischung durch ein „höheres“ Recht „unnatürlich“ und begegnet Widerständen, läuft größere Risiken sowohl der Unrichtigkeit als auch des Ungehorsams. Das ist der Fall dort, wo Völkerrecht nationales Recht zu standardisieren versucht. Und auch das supranationale Recht ist von dieser Belastung, im Verhältnis zum nationalen Recht das weniger umfassende und also schwächere zu sein, nicht frei.

Diese Gefälle gelten auch für die andere Aufgabe „höheren“ Rechts, nämlich die jeweils „niedrigeren“ Rechte in ihrer *Begegnung zu koordinieren*. Nur erscheint diese Aufgabe des „höheren“ Rechts ebenso als vorgegeben und „natürlich“ wie die Bereitschaft des „niedrigeren“ Rechts, die Koordination von außen anzunehmen, ja sie nicht selten so-

<sup>61</sup> In der Projektgruppe wurde diskutiert, ob es nicht eine dritte Art gäbe, die etwa durch die Europäische Konvention zum Schutz der Wanderarbeitnehmer exemplifiziert sein könnte (s. dazu Gerhard Igl, Das Europäische Übereinkommen über die Rechtsstellung des Wanderarbeitnehmers, *Recht der Internationalen Wirtschaft*, 23. Jg. [1977] S. 704 ff.). In der Tat liegt hier eine Mischung beider Typen nahe. Doch befaßt sich die Konvention mehr mit der jeweiligen Lage der Wanderarbeitnehmer im internen Sozialrecht als mit der Rechtsbegegnung.

gar nachzufragen. Die Standardisierung der Rechtsbegegnung trifft die „niedrigeren“ Rechtsordnungen ja auch buchstäblich an ihrer Peripherie, ist also, mit anderen Worten, von geringerer Eingriffsintensität. Somit zeigen sich hier die Gefälle wesentlich schwächer als bei der Standardisierung. Die kollisionsrechtliche „Schlagseite“ internationaler und supranationaler Einwirkung auf das nationale Recht ist so nicht nur von internationalem Regelungsinteresse, sondern auch von der Bereitschaft der nationalen Rechte her zu verstehen.

Diese Typik — Koordination des Binnenrechts versus Koordination der Rechtsbegegnung — ist für den praktischen wie für den theoretischen Umgang mit der vertikalen Rechtsvergleichung bedeutsam. Sie ist nicht nur eine Hilfe, das Material zu ordnen. Ihr folgen auch — wiederum nicht begriffsnotwendig — wohl aber typisch — Unterschiede in den Verfahren der Rechtsbildung und in den Relevanzen und Verfahren der Rechtsanwendung. Internationale und supranationale Koordination der Rechtsbegegnung ist direkter, stringenter/„juristischer“. Das ist der Bereich etwa des internationalen Sozialrechts durch strikt bindende bilaterale Verträge und der supranationalen Verordnung und ihrer richterlichen Anwendung gegenüber nationalem Recht. Internationale Koordination des Binnenrechts ist vorsichtiger, weicher, „politischer“. Das ist der Bereich der programmatischen Konventionen und ihrer Handhabung durch sachverständige und politische Gremien oder auch der europarechtlichen Richtlinien, Programme und Konsultationen. Daß dies kraft der Einbindung der vertikalen Rechtsvergleichung in Rechtsanwendungs- und Durchsetzungsvorgänge Auswirkungen auf die vertikale Rechtsvergleichung hat, wurde eben angedeutet<sup>62</sup>.

c) *Die spezifische Nichtidentität koordinierenden „höheren“ Rechts gegenüber den „unteren“ Rechten*

In dem Maße, in dem das „höhere“ Recht mehrere „niedrigere Rechte“ koordiniert, stehen diese auch immer in dem *Verhältnis* von *mehreren besonderen* Elementen zu *einem Allgemeineren*. Das gibt der *Nichtidentität* der Vergleichsgegenstände die jedem Vergleich notwendig vorausliegt, einen *besonderen Charakter*. Er ist dadurch konstituiert, daß das „eine allgemeinere“ Recht auf die „mehreren besonderen Rechte“ bezogen oder doch beziehbar sein muß. Das definiert eine Untergrenze der Ähnlichkeit von „oberem“ und „unterem“ Recht, die nicht Gleichheit werden darf. Gleichheit (!) der „höheren“ mit der „niedrigeren“ Regelung würde voraussetzen, daß *entweder* die Besonderheit und damit die *Verschiedenheit* der „niedrigeren“ Rechte nicht materiell, *nicht „echt“*, sondern allenfalls noch *formaler, deklaratorischer Natur* wäre, oder daß

<sup>62</sup> Siehe noch einmal oben S. 14, 18 ff.



das „höhere“ mit *einem* „niedrigeren“ Recht *gleich*, mit *anderen* „niedrigeren“ besonderen Rechten *ungleich* ist. In diesem Falle wäre die Verschiedenheit der „niedrigeren“ Rechte echt, die Koordinationsfunktion des „höheren“ Rechts dagegen in einem hegemonialen oder sonstwie ein „niedrigeres“ Recht privilegierenden oder dominierenden und andere „niedrigere“ Rechte diskriminierenden Sinn verfälscht, „unecht“.

In dieser Nichtidentität liegt die Problematik von jedem „internationalen Einheitsrecht“, das bei aller integrierenden Verstrickung in den verschiedenen Ebenen seiner Existenz (der völkerrechtlichen, supranationalen und nationalen) letztlich doch verschiedene Seinsweisen (der Bedeutung, des Verständnisses und der Wirkung, vor allem der Auslegung und der Anwendung) hat<sup>63</sup>. In dieser Nichtidentität liegt etwa auch begründet, daß die These, Art. 31 des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland lasse neben Bundesrecht auch übereinstimmendes Landesrecht bestehen<sup>64</sup>, entweder auch divergierende Entwicklungen der Interpretation scheinbar übereinstimmenden Bundes- oder Landesrechts zulassen muß oder nicht ernst gemeint ist und eine eigenständige interpretatorische Entwicklung der landesrechtlichen Norm im Verbund des Landesrechts und seiner Anwendung untersagt<sup>65</sup>.

Die mit dieser Nichtidentität anvisierte Differenz scheint auf eine gleichsam „mechanische“ Weise um so größer und inhaltlich bedeutsamer zu werden, je größer die *Zahl* der betroffenen „unteren“ Rechte ist. So sind etwa bilaterale völkerrechtliche Verträge betroffenen nationalen Rechten potentiell und tendenziell näher als völkerrechtliche — gar weltweite — Konventionen (Bilaterale Sozialversicherungsabkommen z. B. können — und müssen auch — intensiver auf die durch sie zu verknüpfenden nationalen Sozialrechtsordnungen eingehen als etwa ein UN-Pakt, eine ILO-Konvention oder auch eine Europarats-Konvention auf die von ihnen vorgeordneten nationalen Rechtsordnungen). Jedoch hängt die Bedeutung der Differenz auch — und vermutlich mehr — von einem *qualitativen* Umstand ab: von der Verschiedenheit der betroffenen „unteren“ Rechte (Regelungen des supranationalen europäischen Rechts etwa treffen in den spezifischen Wirkungsbereichen der Europäischen Gemeinschaften je länger je mehr auf historisch, sozial, ökonomisch, politisch relativ homogene und durch die Gemeinschaften weiter aneinander herangeführte nationale Rechtsordnungen; während bilaterale Abkommen zwischen einem westeuropäischen und einem osteuropäischen sozialistischen Land oder zwischen einem entwickelten Industrieland und

<sup>63</sup> s. dazu noch einmal Kropholler, S. 235 ff., insbes. S. 258 ff., 292 ff.

<sup>64</sup> s. zum Meinungsstand etwa Manfred Gubelt, in: Ingo von Münch (Hrsg.), Grundgesetzkomentar, 1976, Art. 31 RdNr. 23.

<sup>65</sup> s. Hans F. Zacher, in: Leusser / Gerner / Schweiger / Zacher, Die Verfassung des Freistaates Bayern, 2. Aufl., 1963 ff., Teil IV, RdNr. 21 ff., insbes. RdNr. 24 ff.

einem Entwicklungsland große sachliche Distanzen zu überwinden haben). Hinzu treten die Unterschiede, die sich nicht aus der Vielfalt in der horizontalen Dimension ergeben, sondern unmittelbar in der vertikalen Dimension angelegt sind (wie eben die Unterschiede danach, ob etwa „höheres“ nationales Recht „niedrigeres“ nationales Recht, supranationales Recht mitgliedstaatliches Recht oder Völkerrecht nationales Recht zu koordinieren sucht).

Das Reservoir der Unterschiede, aus denen sich diese notwendige Nichtidentität speist, sind nun gerade jene Dimensionen und Kriterien von Nähe und Distanz zu vergleichender rechtlicher Regelungen, von denen oben<sup>66</sup> gesagt wurde, daß sie prinzipiell sowohl der horizontalen als auch der vertikalen Rechtsvergleichung vorgegeben sind. Dieses Prinzip ist hier zu präzisieren und zu differenzieren. Im Zusammenhang der vertikalen Beziehung von Rechten, von denen ein „oberes“ mehreren „unteren“ maßgeblich gegenübersteht, gewinnen gewisse Kriterien eine spezifische Relevanz und Gestalt. Entscheidend dafür sind *zwei elementare Konstellationen*. Die *eine* ist quantitativ durch das aufgezeigte Verhältnis eins : mehreren<sup>67</sup> und qualitativ durch den Koordinationsauftrag des „höheren“ Rechts definiert. Die Spannung hinter der Nichtidentität heißt insofern *Einheit versus Vielfalt*. Die *andere* Konstellation ist jene Maßgeblichkeit des „höheren“ Rechts, ohne welche die Koordination der mehreren „niedrigeren“ Rechte nicht denkbar ist. Das bedeutet, daß die Beziehung einen Ort in der *Hierarchie der Rechtsnormen* haben muß. Und hinter dieser steht die Differenz der Rechtsordnungseinheiten und -subjekte. In besonderem Maße *beiden* Konstellationen der Unterscheidungs-elemente zugeordnet ist die Differenz der *Sprache*.

Im einzelnen bedeutet das, daß der spezifischen Nichtidentität vor allem anhand der folgenden Linien nachgefragt werden kann.

(1) *Einheit des „höheren“ versus Vielfalt der „niedrigeren“ Rechte:*

- Die *Zahl* der koordinierten Rechte (z. B. bilaterale Verträge versus multilaterale Verträge; regionale versus weltweite Instrumente; Bundesrecht in den USA versus Bundesrecht in Deutschland oder Österreich).
- Gleichheit oder Verschiedenheit der *natürlichen Bedingungen* des Koordinationsbereiches (räumliche Nähe oder gar Geschlossenheit versus räumliche Ferne und Zersplitterung; klimatische Bedingungen usw).
- Gleichheiten und Ähnlichkeiten versus Ungleichheiten und Unähnlichkeiten in der *sozialen Ambiance* (technische, wirtschaftliche, ge-

<sup>66</sup> Siehe oben S. 28 ff.

<sup>67</sup> Genau natürlich „eins: zwei oder mehreren“.

sellschaftliche, politische usw. Verhältnisse) der zu koordinierenden Rechte oder Regelungen und Regelungsbereiche.

- Gleichheiten und Ähnlichkeiten versus Ungleichheiten und Unähnlichkeiten in dem *Charakter* der zu koordinierenden *Rechtsordnungen* (gemeinsame oder unterschiedliche Traditionen und andere Familien- oder Stilmerkmale; insbesondere Zugehörigkeit zu gemeinsamen — z. B. europäischen oder bundesstaatlichen — Rechtsordnungen „höheren“ Ranges).

(2) *Aufbau der Rechtsordnung:*

- Unterschiede des *Orts im Aufbau der Rechtsordnung*<sup>68</sup> und im Gefüge von Kompetenz und Verantwortung. Wie schon hervorgehoben<sup>69</sup>, gibt es in dem Übereinander der Rechtsordnungssubjekte und im Aufbau der Rechtsordnungen *Konzentrationszonen umfassender Kompetenz, Verantwortung und Regelung*, von denen hier die anderen Regelungsbereiche sich als fragmentarisch, sporadisch oder wenigstens partikular darstellen.
- Diese Konzentrationszone liegt — vom *Einheitsstaat* als Prototyp des modernen Staates her gedacht — in der Ebene des Staates und des staatlich gesetzten oder doch realisierten Rechts. Darunter kommt den Ebenen autonomer (regionaler, kommunaler, verbandlicher, anstaltlicher) „unterstaatlicher“ Rechtssetzung partikularer Charakter und nicht letzte Verantwortung zu. Ebenso hat darüber das Völkerrecht exzeptionellen, sporadischen Charakter und kann es die staatliche Politik von ihrer Verantwortung für das Gemeinwesen nur unzulänglich entlasten.
- Diese Konzentrationszone ist sowohl in *Bundesstaaten* (Zentralstaaten und Gliedstaaten) als auch in *supranationalen Gemeinschaften* gespalten. Die eindeutige Qualifikation einer dieser Schichten als die zentrale Schicht umfassender Ordnung und politischer Verantwortung ist in den Bundesstaaten fallweise unterschiedlich oder auch unmöglich<sup>70</sup>. In den Europäischen Gemeinschaften dagegen ist die Dominanz der nationalen Ebene gegenwärtig noch offensichtlich.
- Jedenfalls steht eine Koordination von der Konzentrationszone her nach „unten“ unter anderen Bedingungen als eine Koordination von „oben“ her auf die Konzentrationszone zu<sup>71</sup>. Der Koordination autonomer (etwa kommunaler) Satzungen durch den staatlichen Gesetzgeber liegt die politische und rechtliche Einheit des staatlichen Ge-

<sup>68</sup> s. noch einmal oben Anm. 37.

<sup>69</sup> Siehe oben S. 35.

<sup>70</sup> Staatstheoretisch gesprochen: Die Souveränitätsfrage ist dann offen.

<sup>71</sup> s. dazu auch, was Kropholler, S. 252 zur Rücksichtnahme auf die *Einheit staatlicher Rechtsordnung* sagt.

meinwesens ebenso voraus, wie die Durchsetzungskraft des staatlichen Rechts. Der Koordination nationalen Rechts durch Völkerrecht hingegen liegt die Dominanz der nationalen Räume des Rechts und der Politik ebenso voraus, wie der sporadische Charakter und die Durchsetzungsschwäche des Völkerrechts vorgegeben sind.

- Unterschiede im Subjekt der „höheren“ und der „niedrigeren“ Ordnungen<sup>72</sup>. Bedeutsamer aber ist die Frage: entspricht das *Subjekt der gemeinsamen Ordnung* dem Konsens der Subjekte der koordinierten Ordnung (Verträge) oder ist es davon mehr oder weniger unabhängig (organisierte Rechtssetzung: z. B. Bundesrecht versus Landesrecht).

(3) *Sprache*:

- Unterschiede der *Sprache* (im allgemeinen Sinn wie im besonderen Sinn von Rechts- und Begriffssprache), können von der Vielfalt der betroffenen ethnischen oder politischen Gemeinschaften her vorgegeben sein, können aber auch von der unterschiedlichen Funktion des „höheren“ Rechts und der zu koordinierenden Rechte her geboten sein“. Werden nämlich für das „höhere“ Recht Ausdrücke verwendet, die in einem „unteren“ Recht einen spezifischen Sinn haben, den sie in der Allgemeinheit des „höheren“ Rechts nicht haben können, sollen oder dürfen, ist von der unterschiedlichen Funktion her eine sprachliche Differenz oder eine erklärende Entschärfung der sprachlichen Gleichheit geboten<sup>73</sup>.

**7. Insbesondere zur Begegnung nationalen Rechts mit konkurrierendem und koordinierendem supranationalem und Völkerrecht**

a) *Die Konzentration des Interesses auf die Ebenen  
national — supranational — international*

Die vertikale Dimension des Rechtsvergleichs wurde in den vorstehenden Bemerkungen immer auch in den nationalen Raum hineinge-

<sup>72</sup> Die Frage mag ungewöhnlich erscheinen. Aber es ist durchaus denkbar, daß eine zentrale Autorität auch partikulares Recht setzt — so wie es etwa denkbar ist, daß das Parlament in London sowohl britisches als auch englisches oder schottisches Recht setzt.

<sup>73</sup> Dieses Problem stellt sich nicht nur bei Partnern verschiedener Sprache. Vielmehr zeigt es sich auch gerade dort, wo Staaten gleicher Sprache miteinander paktieren. So kann etwa ein Vertragsschluß zwischen mehreren Partnern englischer Sprache (z. B. zwischen USA, Australien und Indien) vor Divergenzen des Sprachgebrauches — vor allem des juristischen Sprachgebrauches — stehen oder „alten“ Ausdrücken einen „neuen“ Sinn geben. Das in diesem Zusammenhang interessanteste Problem aber ist, daß Ausdrücke als Regelungsbegriffe verbraucht sind, und so für die Ebene des koordinierenden Rechts durch neue Begriffe ersetzt werden müssen. s. unten S. 125. s. zum

dacht (etwa in den Relationen Verfassungsrecht/Gesetzesrecht; Bundesrecht/Landesrecht; staatliches Recht/autonomes Recht). Damit sollte der Problematik mehr Tiefenschärfe gegeben werden. Demgemäß wurde zunächst auch der horizontale Rechtsvergleich innerhalb des nationalen Rechts (von Landesrecht zu Landesrecht, von kommunalem Recht zu kommunalem Recht usw.) als eine Möglichkeit horizontalen Vergleichs einbezogen. Für den Zweck dieser Zeilen — m. a. W. im Zusammenhang des Colloquiums — ist dieser innernationale Bereich aber beiseite zu lassen.

Das bedeutet, daß die *vertikale Dimension hier immer an der Ebene maximaler Konzentration rechtlicher und politischer Kompetenz und Verantwortung* — der Ebene des Staates — ansetzt, um von da her zum supranationalen und völkerrechtlichen Instrumentarium aufzustreben. Und es bedeutet, daß in der horizontalen *Dimension der Vergleich zwischen nationalen Rechten* stattfindet und also wieder über die Grenze hinweg, die sich aus der relativ maximalen Geschlossenheit der staatlichen Rechtsordnung ergibt. Die „Dreiecksräume“ endlich, in denen sich vertikaler und horizontaler Vergleich begegnen, werden also immer durch das internationale Recht einerseits und durch eine Mehrheit nationaler Rechte andererseits gebildet — durch das natürliche Gegenstück also internationalen und supranationalen Rechts.

Während dabei das *supranationale* Instrumentarium — wenn auch vielfach und schwerwiegend gehemmt — zu einer Konkurrenz mit der Bedeutung des staatlichen Rechts und der staatlichen Politik antritt, ist die Beziehung des nationalen Rechts zum *Völkerrecht* nach wie vor durch dessen fragmentarischen Charakter und seine Durchsetzungsschwäche bestimmt. Alles in allem haben wir es — bei aller Differenz zwischen supranationalem Recht und Völkerrecht — also damit zu tun, daß das „obere“ Recht, bezogen auf den gesamten Ordnungsauftrag des Rechts die Ausnahme ist, die „unteren“ Rechte die Regel sind, daß das „obere“ Recht das — wenigstens tatsächlich — schwächere ist, die „unteren“ Rechte die — wenigstens tatsächlich — stärkeren sind. Der vertikale Aufstieg verläßt mit den als „unteren“ in Betracht zu ziehenden nationalen „Rechten“ in der Regel die Zone maximaler Homogenität der Rechts- und Sozialgemeinschaften. Bereits zu dem supranationalen Recht hin nimmt diese Homogenität ab. Im Völkerrecht dann weicht sie einer Vielfalt von Verhältnissen: von der relativen Homogenität der Verhältnisse zweier bilateral kontrahierender Nachbarstaaten bis zu der Heterogenität der Verhältnisse distanzierter, gegensätzlich interessierter und entwickelter Staaten, die nichts verbindet als das allgemeine Völkerrecht, von der relativen Homogenität in einer permanent kooperieren-

Sprachproblem im Zusammenhang des Textes Ficker (Anm. 31), S. 27 ff. m. w. Nachw., Kutscher (Anm. 46), S. I - 18 ff., 26 ff., Kropholler, S. 249 ff., 226 ff.; s. a. Constantinesco II, S. 80 ff.

ren Staatengruppe (wie etwa den Staaten des Nordischen Rates) bis zur kaleidoskophaften Mannigfaltigkeit der Beziehungen zwischen den Mitgliedern der Vereinten Nationen. Auch der Sprachsprung wird an der Grenze zwischen dem nationalen Recht und dem anderen nationalen und den supranationalen Rechten die Regel, während er im Raum dieses nationalen Rechts die Ausnahme ist.

Auch in den so ausgegrenzten „Dreiecksräumen“ von nationalen Rechten und supranationalem Recht oder von nationalen Rechten und Völkerrecht sind die Dimensionen und Kriterien von Nähe und Distanz und also die Elemente der Nicht-Identität reich differenziert und komplex. Aber es zeigt sich doch eine *vereinfachende Typisierung* der Relationen, die mit der *Dominanz der nationalen Rechte* gekennzeichnet werden kann.

b) *Die quasi-vertikale Rechtsvergleichung:  
Vertikalität unter Verzicht auf spezielle Maßgeblichkeit*

Das Denkbild der vertikalen Anordnung von Rechtsebenen muß aber — wie schon angedeutet<sup>74</sup> — über die Kategorie der Maßgeblichkeit hinaus ausgeweitet werden. Im Hintergrund steht eine Hierarchie von Rechtsetzungsträgern und Rechtsgemeinschaften, ein hierarchisches Vorstellungsbild vom Stufenaufbau des Rechts. Die Verbindung zum spezielleren Kriterium der Maßgeblichkeit liegt in zweierlei. Erstens: das konkrete Setzen der maßgeblichen Norm setzt die allgemeinere Fähigkeit, für die betroffenen „unteren“ Rechtsgemeinschaften Maßgebliches tun zu können, voraus. Zweitens: der Aufstieg vom Besonderen zum Allgemeinen, wie er Vorstellungen vom Stufenaufbau der Rechtsordnung entspricht, vollzieht sich analog zu den hierarchischen Vorstellungsbildern, die mit der Maßgeblichkeit verbunden sind. In diesem komplexen und vagen Sinne<sup>75</sup> können supranationales Recht<sup>76</sup> und Völkerrecht<sup>77</sup> generell als die dem nationalen Recht gegenüber „höheren“ Rechte bezeichnet werden.

Dem so erzeugten Vorstellungsbild der hierarchischen Über- und Unterordnung von Rechtsebenen entspricht es, auch einzelne Regelungen

<sup>74</sup> s. o. zu Anm. 37.

<sup>75</sup> Das darf nicht im Sinne der Identifikation mit einer bestimmten Theorie der Zuordnung von Völkerrecht und nationalem Recht oder von supranationalem Recht und mitgliedstaatlichem Recht verstanden werden.

<sup>76</sup> Siehe dazu etwa Ipsen (Anm. 15), S. 225 ff.; zur späteren Debatte etwa Karl Carstens, Rechtsprechung zu den allgemeinen Problemen der Integration, in: Die europäische Rechtsprechung nach zwanzig Jahren Gemeinschaftsleben, Kölner Schriften zum Europarecht, 24, 1976, S. 129 ff. (154 ff.). Weitere Nachweise siehe bei den Zitierten.

<sup>77</sup> s. noch einmal oben Anm. 37.

vertikal zueinander zu sehen, zwischen denen ein Verhältnis der Maßgeblichkeit gerade fehlt, die sich vielmehr im Verhältnis funktionaler Analogie zueinander befinden. Beispiele sind das Dienstrecht sowie das Recht der Organisation und des Verfahrens der Gerichte und der parlamentsähnlichen Organe internationaler und supranationaler Organisationen im Verhältnis zum nationalen Dienst-, Verfahrens- und Organisationsrecht<sup>78</sup>. Der funktionale Verbund und der entsprechende gemeinsame Gegenstand, wie sie *maßgeblich* vertikal aufeinander zugeordnetes Recht auszeichnen, fehlt hier. Dementsprechend ist auch der Vorgang des Rechtsvergleichens ein anderer. Er ist dem des horizontalen Rechtsvergleichs näher als dem des vertikalen Rechtsvergleichs. Die Gleichheit oder Ähnlichkeit des zu lösenden Problems tritt wieder als *der* Ansatz des Vergleichs hervor. Historisch vollzog und vollzieht sich dieser nur im weiteren Sinne vertikale Rechtsvergleich vor allem so, daß Völkerrecht<sup>79</sup> und supranationales Recht<sup>80</sup> ihren Regelungsbedarf aus dem Modell- und Erfahrungsvorrat des nationalen Rechts befriedigt haben. Die gleichsam „äußersten Enden“ dieses Phänomens finden wir, wenn Recht, das zwischen Bürgern gilt, auf die Beziehungen zwischen Staaten übertragen wird und so das Privatrecht zum Modell für das Völkerrecht wird<sup>81</sup>.

Horizontale Rechtsvergleichung hat dabei zunächst die Funktion des Auffindens und Sammelns des gegebenen Vorrats an Lösungen, ihrer Implikationen und Kontexte. Diese Aufgabe der horizontalen Rechtsvergleichung der nationalen Rechte untereinander<sup>82</sup> kann vom Völkerrecht oder vom supranationalen Recht aber auch in Rechnung gestellt und ge-

<sup>78</sup> s. dazu Georg Ress, Die Bedeutung der Rechtsvergleichung für das Recht internationaler Organisationen, ZaÖRV Bd. 36 (1976), S. 227 ff.

<sup>79</sup> s. zum Völkerrecht statt älterer Helmut Strebel, Einwirkungen nationalen Rechts auf das Völkerrecht, ZaÖRV Bd. 36 (1976), S. 168 ff.; Kay Hailbronner, Ziele und Methoden völkerrechtlich relevanter Rechtsvergleichung, ebenda S. 190 ff.; Georg Ress (Anm. 78); Michael Bothe, Die Beobachtung der Rechtsvergleichung in der Praxis internationaler Gerichte, ebenda S. 280 ff.; s. ferner Dieter Blumenwitz, unten S. 75 ff. und den Diskussionsbericht hierzu S. 92 ff.

<sup>80</sup> s. dazu statt älterer etwa Constantinesco II, S. 400 ff.; Karl Matthias Meessen, Zur Theorie allgemeiner Rechtsgrundsätze des internationalen Rechts: Der Nachweis allgemeiner Rechtsgrundsätze des Europäischen Gemeinschaftsrechts, Jahrbuch für internationales Recht, Bd. 17 (1974), S. 283 ff. (S. 295 ff.); Kutscher (Anm. 46), S. I - 23 ff.; Albert Bleckmann, Die Rolle der Rechtsvergleichung in den Europäischen Gemeinschaften, Zeitschrift für Vergl. Rechtswissenschaft Bd. 74 (1974), S. 106 ff.; ders., Europarecht 1976, S. 78 ff.; ders. unten: S. 97 ff. und den Diskussionsbericht hierzu.

<sup>81</sup> s. zur herkömmlichen herrschenden Rolle des Privatrechts als Ergänzung des Völkerrechts Karl Zemanek, Was kann die Vergleichung staatlichen öffentlichen Rechts für das Recht der internationalen Organisationen leisten? ZaÖRV Bd. 24 (1974), S. 453 ff. (insbes. S. 454) m. w. Nachw.

<sup>82</sup> Eventuell unter Einbezug supranationalen und speziellen Völkerrechts.

regelt werden, so etwa, wo die Übernahme nationalen Rechts nicht nur gestattet, sondern angeordnet wird, wenn dieses eine gewisse transnationale Allgemeinheit für sich in Anspruch nehmen kann. Das ist hinsichtlich des Völkerrechts vor allem normiert in Art. 38 Abs. 1 c des Statuts des Internationalen Gerichtshofs, wonach der Internationale Gerichtshof außer Vertragsrecht und Völkergewohnheitsrecht auch „die von den Kulturvölkern anerkannten allgemeinen Rechtsgrundsätze“ anzuwenden hat<sup>83</sup>. Und es gilt analog für die Ergänzung des Rechts der Europäischen Gemeinschaften durch die „allgemeinen Rechtsgrundsätze, die den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten gemeinsam sind“<sup>84</sup>. Dem Rechtsvergleich kommt dabei nicht nur der Nachweis des Vorkommens sowie der Bereich und die Zusammenhänge des Vorkommens übereinstimmender Rechtsgrundsätze in verschiedenen nationalen Rechten zu. Er hat dieses Geschäft auch von vornherein im Blick auf die völkerrechtliche oder supranationalrechtliche Ordnungsnachfrage durchzuführen<sup>85</sup>.

Letzteres gilt nicht nur, wo eine völkerrechtliche oder supranationale Norm die Rechtsvergleichung ausdrücklich bindet. Wo immer vielmehr Rechtsvergleichung im Dienst der Schaffung, Findung oder Auslegung „höheren“ Rechts steht, hat sie den Befund der nationalen Rechte von vornherein auf die Übertragbarkeit auf die Gegenstände und Interessenlagen des Völkerrechts oder des supranationalen Rechts hin zu sichten und die Problemlösungen nach den Zwecken und Gegebenheiten des Völkerrechts oder des supranationalen Rechts auszuwählen und zu bewerten<sup>86</sup>. Wenn Rechtsvergleichung der Entwicklung von Rechtsnormen dient, ist es letztlich immer die Gesamtheit des zu entwickelnden Rechts, welche den Vorgang und sein Ergebnis regiert. So ist es für den horizontalen Rechtsvergleich im Dienst nationalen Rechts. Und so ist es für den Rechtsvergleich im Dienst des Völkerrechts oder des supranationalen Rechts. Und dessen Eigenart als „höheres“, allgemeineres, potentiell stärkeres Recht kommt dabei je nach Bereich und Zusammenhang zur Geltung.

Somit zeigt sich, daß selbst dort, wo die vertikale Dimension im Verhältnis vom nationalen Recht zum Völkerrecht oder vom nationalen Recht zum supranationalen Recht nicht durch Maßgeblichkeit des „höheren“ Rechts konstituiert wird, die Rolle der Rechtsvergleichung nicht —

<sup>83</sup> s. z. B. Constantinesco II, S. 396 ff.

<sup>84</sup> So für das Recht der Amtshaftung Art. 215 Abs. 2 EWGV, Art. 188 Abs. 2 Euratom-Vertrag. Siehe dazu Kutscher (Anm. 46), S. I - 24 ff. m. w. Nachw. Zur Ausweitung dieser Rezeption auf weitere Rechtsgebiete s. z. B. Helmut Lecheler, Der Europäische Gerichtshof und die allgemeinen Rechtsgrundsätze, 1971.

<sup>85</sup> s. ergänzend etwa Ignaz Seidl-Hohenveldern, Die Rolle der Rechtsvergleichung im Völkerrecht, in: Völkerrecht und rechtliches Weltbild. Festschrift für Alfred Verdross, 1960, S. 253 ff.

<sup>86</sup> s. für das Europarecht Kutscher (Anm. 46), S. I - 30 f. m. w. Nachw.



wie eine rein horizontale Rechtsvergleichung — als eindimensional begriffen werden darf. In modifiziertem Sinne kann und muß auch hier von einer Kombination von horizontaler und vertikaler Rechtsvergleichung gesprochen werden.

### **III. Horizontaler Rechtsvergleich im Dienst „höheren“ Rechts**

#### **1. Zur Vielgestaltigkeit von Rechtsvergleich**

Alle diese Überlegungen führen immer wieder auf den zentralen Satz zu: Rechtsvergleichung gibt es nicht schlechthin; sie unterscheidet sich in Gegenstand und Methode jeweils nach Sachzusammenhang und Aufgabe<sup>87</sup>. Das ist evident für den Unterschied zwischen horizontaler und vertikaler Rechtsvergleichung. Es zeigt sich für den — oft unscharfen — Unterschied zwischen „echtem“ und „unechtem“ vertikalem Rechtsvergleich. Und es gilt auch für den horizontalen Rechtsvergleich, der je ein anderes Gesicht hat, wenn er der Rechtspolitik, der Rechtsauslegung, der theoretischen Systematik von Recht oder der akademischen Lehre von Recht dient, wenn er im Zusammenhang von Kollisionsrecht oder im Zusammenhang von „internem“ Recht erfolgt, und was dergleichen Unterschiede mehr sind. Und so wandelt horizontaler Rechtsvergleich auch seine Gestalt je nach dem Ob und Wie seines Zusammenhangs mit höherem Recht.

Überlegungen über die spezielle Adäquanz von Sachzusammenhang, Funktion, Gegenstand, Methode, Subjekt und Aussage von Rechtsvergleichung können zu zweierlei beitragen. Erstens dazu, Rechtsvergleichungsarbeit von der Belastung unspezifischer Anforderungen freizustellen, die ihre Richtigkeit unter möglichst vielen, im Einzelfall also unverhältnismäßig vielen Bedingungen gewährleisten würden; sie also auch vor einer Kritik zu bewahren, deren Maßstäbe für ihren konkreten Zusammenhang und Auftrag nicht gelten. Zweitens dazu, das jeweils Adäquate möglichst genau zu finden. Gerade der Zusammenhang mit der vertikalen Rechtsvergleichung gibt Anlässe, die spezielleren Zusammenhänge und Aufgaben der „normalen“ horizontalen aufzusuchen<sup>88</sup>. Daß dabei nur Hinweise gegeben werden können, die der Vertiefung und Bewährung bedürfen, ist einmal mehr anzumerken.

---

<sup>87</sup> s. dazu Constantinesco II, S. 58 ff. sowie die beiden Kapitel über „Die theoretischen Ziele der Rechtsvergleichung“ (S. 331 ff.) und über „Die praktischen Ziele der Rechtsvergleichung“ (S. 371 ff.).

<sup>88</sup> Die Notwendigkeit, die Diskussion um die Richtigkeit von Rechtsvergleichung auf diese Weise sowohl von Anforderungen einer unspezifischen Rundum-Richtigkeit zu entlasten, als auch die speziell richtigen Mittel mit den speziellen Zwecken typisierend und so praktikabel zu verbinden, zog sich wie ein roter Faden durch die Diskussionen des Colloquiums.

## 2. Zu den Unterschieden im Bereich des „höheren“ Rechts

### a) *Der horizontale Rechtsvergleich führt zu maßgeblichem oder nicht maßgeblichem „höheren“ Recht*

Was etwa kann es bedeuten, ob das „höhere“ Recht, auf das sich der horizontale Rechtsvergleich bezieht, für die verglichenen Rechte maßgeblich sein soll oder maßgeblich ist oder nicht — ob der horizontale Rechtsvergleich also im Zusammenhang steht mit im engeren oder weiteren Sinne vertikalem Rechtsvergleich? Im ersteren Falle bedeutet der funktionale Verbund, in dem das „höhere“ mit den „niedrigeren“ Rechten stehen soll, daß diesen betroffenen Rechten eine ganz besondere Bedeutung zukommen muß. Die Gesamtlösung, die schließlich „höheres“ und „niedrigeres“ Recht zusammen darstellen sollen, muß stimmig sein. Die „niedrigeren“ Rechte sind so nicht nur Lösungsvorrat und Anregung für das höhere Recht. Sie sind ein Tatbestand, der in Rechnung gestellt werden muß — ob man ihn nun belassen oder ändern will. Andere Rechte mögen zusätzlich als Lösungsvorrat für die Gesamtregelung dienen, vielleicht auch für die Technik des Ineinandergreifens von „höherem“ und „niedrigerem“ Recht. Insofern herrschen die Kriterien werten-der Selektion, die von den Prinzipien regiert werden, die eben die Entwicklung des höheren Rechts regieren<sup>89</sup>. Insofern handelt es sich um die Suche nach der in der Rechtsvergleichung mittlerweile sprichwörtlichen „relativ besten Lösung“. Zu dem vorzuordnenden „niedrigeren“ Recht und dem mit ihm gemeinsamen Gegenstand dagegen besteht eine dichtere, stringente, auf dem Bestand mehr als auf seiner Bewertung beruhende Beziehung.

Ist das „höhere“ Recht dagegen nicht maßgeblich für das „niedrigere“, so beherrscht Opportunität die rechtsvergleichende Selektion — eine Opportunität, die nur gesteuert wird durch die rechtlichen, politischen und sachlichen Notwendigkeiten des „höheren“ Rechts selbst, das ergänzt oder ausgelegt werden soll. Hier befindet sich der Rechtsvergleicher auf der vertrauten Suche nach der „relativ besten Lösung“.

### b) *Das „höhere“ Recht wird frei oder gebunden gesetzt oder gefunden*

Zu unterscheiden ist auch zwischen dem Rechtsvergleich auf „gewillkürtes“ höheres Recht (auf Vertragsschlüsse, Konventionen, Organbeschlüsse usw.) hin und dem Rechtsvergleich auf „gefundenes“ Recht (lückenfüllendes Normgut, allgemeine Rechtsgrundsätze) hin. Gesetztes Recht ist weitgehend vorordnendes Recht (also vertikal übergeordnetes

<sup>89</sup> s. noch einmal oben S. 19 f., 34.

Recht im Sinne konkreter Maßgeblichkeit). Aber auch funktions-analoges, konkurrierendes Recht „höherer“ Ebene kann disponierend gesetztes Recht sein (von internationalen Konventionen über friedens- und kriegsrechtliche Beziehungen der Staaten zueinander bis zu internem Recht internationaler und supranationaler Organisationen). Auf der anderen Seite kann — wenn auch selten — auch vorordnendes Recht der Ergänzung durch „gefundene“ allgemeine Rechtsgrundsätze bedürfen.

Nun dürfen die Unterschiede zwischen der Anwendung geschriebenen Rechts und der Findung lückenfüllenden Normgutes und zwischen dieser und der bewußten Setzung von Recht nicht übertrieben gesehen werden. Zwischen dem Inhalt des scheinbar klaren und keiner Auslegung bedürftigen Gesetzestexts und dem vom Rechtsanwender substituierend gefundenen (oft eben: erfundenen) lückenfüllenden, rechtsergänzenden oder rechtsfortbildenden Rechtssatz besteht kein unverbundener kontradiktorischer Gegensatz. Vielmehr sind beides die Enden eines Kontinuums unterschiedlicher Grade der Deutlichkeit von Recht und der Schwierigkeit von Rechtsfindung. Und Rechtsergänzung und -fortbildung durch den Rechtsanwender unterscheidet sich von evidenter originärer Rechtssetzung — wie etwa dem Abschluß eines völkerrechtlichen Vertrages — oft nur durch die Legitimations- und Argumentationslast des rechtsergänzenden oder -fortbildenden Rechtsanwenders, nicht so sehr durch den Grad sachlicher Freiheit der Entscheidung. So besteht auch in der Hereinnahme der Rechtsvergleichung in alle diese Rechtsfindungs- und Rechtssetzungsprozesse eine elementare Gemeinsamkeit. Für sie alle dient die Rechtsvergleichung als kritisches und kreatives Potential. Aber die Unterschiede an Deutlichkeit und an Entscheidungsfreiheit engen eben doch den Spielraum ein, in dem jenes Potential genutzt werden kann<sup>90</sup>. Gegenüber dem eindeutigen Text kann der Rückgriff auf Alternativen, welche die Rechtsvergleichung vorhält, sinnlos sein. Das zwischen Extremen gespannte Kontinuum von der Deutlichkeit zur Unklarheit, Offenheit oder gar Verborgenheit der Rechtsaussage und von der Bindung zur Freiheit und Willkür in Rechtsfindung und -setzung ist das Medium, in dem sich der Satz, daß die „aufnehmende“ Rechtsordnung den Dienst der Rechtsvergleichung an Rechtssetzung und -anwendung regiert, verwirklicht.

Ist das aber so, so kann dieses „aufnehmende“ Recht *spezifisch* gerade die *Hereinnahme des Rechtsvergleiches* ordnen. Ein Beispiel dafür ist, wenn die Ermächtigung zur Rechtsschöpfung im „höheren“ Recht an die Kette der Vorfindlichkeit entsprechender anerkannter Rechtsprinzipien

<sup>90</sup> Im Sinne einer klaren Zäsur zwischen der Rolle der Rechtsvergleichung bei Rechtsetzung und Rechtsauslegung: Constantinesco II, S. 380 ff., 388 ff., s. auch Zweigert / Kötz (Anm. 25), S. 50 ff.

im „niedrigeren“ Recht gelegt ist, wie das exemplarisch für die Kompetenz des Internationalen Gerichtshofs der Fall ist, das Völkerrecht unter Bezugnahme auf das Recht der Kulturnationen zu ergänzen<sup>91</sup>. Solche Bindungen finden sich nicht nur für die richterliche Rechtsschöpfung, sondern auch für „echte“, politische Rechtssetzung. So ordnet etwa Art. 51 des EWG-Vertrages ausdrücklich an, die nationalen Systeme sozialer Sicherheit durchlässig zu machen; nicht dagegen sie anzugleichen (s. auch Art. 118 aaO). Und auch die in Art. 117 Abs. 2 i. V. m. Art. 100 EWG-Vertrag vorgesehene „Angleichung“ von Rechts- und Verwaltungsvorschriften kann nicht im Sinne eines Ersatzes des Bestehenden durch Neues, sondern als eine angleichende Fortentwicklung des Bestehenden verstanden werden.

Solche spezifischen Bindungen der Hereinnahme „unterer“ Rechte und ihrer Vergleichung in die Findung und Schöpfung „höheren“ Rechts wirken sich vor allem auf den Kreis der einzubeziehenden Rechte aus. Sie tendieren dazu, die Rechte der Vertragspartner oder Organisationsmitglieder zu bevorzugen. Wo es darum geht, nicht nur das „höhere“ Recht anzureichern — also „höheres“ Recht ohne konkrete Maßgeblichkeit für das „untere“ zu finden oder zu schaffen —, sondern wo das „höhere“ Recht das „untere“ schließlich vorordnen soll, kommt dem Kreis der so betroffenen „unteren“ Rechte eine ganz besondere Bedeutung zu. Sie sind das Wirkungsfeld des „höheren“ Rechts, und die Gemeinsamkeiten und Unterschiede zwischen ihnen und zu ihnen bestimmen das rechtspolitische Kalkül des „höheren“ Rechts. Ist dagegen „höheres“ Recht nur in sich zu ergänzen, so ist es ganz von den konkreten Zusammenhängen und Zwecken abhängig, wohin Ausschau zu halten ist. Die Konzentration etwa auf Vertragspartner- oder Mitgliederrechte fördert die Innovation. Dem entspricht es, daß solche spezifischen Bindungen vor allem auch über die Alternativen von umfassender oder selektiver, von feststellender oder wertender Rechtsvergleichung entscheiden.

In besonderem Maße informativ erscheint hierzu das Beispiel europäischer Rechtsangleichung<sup>92</sup>. Hier sind die Rechte der Mitgliedstaaten als das Wirkungsfeld der vereinheitlichenden Schritte der Gemeinschaften und ihrer Mitglieder aufzunehmen. Welche Lösung die Gemeinschaften als für die Sache und für Technik und Intensität des funktionalen Verbundes von Gemeinschaftsrecht und Mitgliedstaatsrecht richtige Lösung anstreben, kann dagegen mit Hilfe eines weiter ausgreifenden selektiven und notwendig wertenden Rechtsvergleichs ermittelt werden<sup>93</sup>.

<sup>91</sup> Analog gilt für die Kompetenz des Europäischen Gerichtshofs, die allgemeinen, den Mitgliedstaaten gemeinsamen Rechtsgrundsätze aufzufinden und anzuwenden. s. zu beiden Phänomenen oben Anm. 83 - 86 und den Text hierzu.

<sup>92</sup> s. zu ihrem Verhältnis zur Rechtsvergleichung etwa Constantinesco II, S. 402.

Diese Wertung aber hat sich auszurichten an den Gemeinschaftsverträgen und an der Übereinstimmung mit dem sonstigen vorfindlichen Gemeinschaftsrecht<sup>94</sup>. Ebenso aber haben die Verträge die Politik der Gemeinschaften darin zu leiten, in welchem Maße der Bestand der mitgliedstaatlichen Rechte geschont oder in Richtung auf neue, gemeinschaftliche Lösungen hin überwunden werden kann und soll. So findet sich eine *vielfache Interdependenz zwischen dem „höheren“ Recht und den „unteren“ Rechten*.

c) *Unterschiede in Gegenstand und Weise  
der Maßgeblichkeit des „höheren“ Rechts*

Verengt man die Betrachtung auf die Begegnung horizontalen Rechtsvergleichs mit vertikalem Rechtsvergleich im engeren Sinne, so zeigen sich einige weitere Zugänge, um unterschiedliche Aufgaben und Verfahrensweisen der Rechtsvergleichung zu beobachten. „Höheres“ Recht kann die Aufgabe haben, „untere“ Rechte *in sich zu koordinieren* (zu vereinheitlichen, zu standardisieren) oder aber *ihr Begegnung zu vermitteln* oder *zu verbessern*, also ihr Kollisionsrecht zu vereinheitlichen<sup>95</sup>.

Internationales und supranationales Kollisionsrecht haben es leichter, direkt und exakt zu regeln. Die Widerstände des nationalen Rechts sind wegen des „peripherischen“ Charakters des Kollisionsrechts tendenziell geringer. Aber es erfüllt seinen Zweck nicht, wenn es im Vagen bleibt, oder wenn es den Kontakt mit den sich begegnenden Rechtsordnungen konkret verfehlt. Das ist für internationales Steuer-<sup>96</sup> oder Sozialversicherungsrecht<sup>97</sup> sicher noch deutlicher als für internationales Privatrecht<sup>98</sup>. So ist die rechtsvergleichende Zuarbeit für seine Schaffung und die Anwendung von Kollisionsrecht in besonderer Weise vielfältig und anspruchsvoll. Es hat im nationalen Kollisionsrecht möglicherweise seine Muster, im nationalen Kollisions- und Sachrecht aber sein Wirkungsfeld zu ermitteln.

<sup>93</sup> s. hierzu etwa Konrad Zweigert, Grundsatzfragen der europäischen Rechtsangleichung, ihrer Schöpfung und Sicherung, in: Vom deutschen zum europäischen Recht, Festschrift für Hans Dölle, Bd. II, 1963, S. 401 ff., insbes. S. 417 f.

<sup>94</sup> s. noch einmal Kutscher (Anm. 46), S. I - 30 f. m. w. Nachw.

<sup>95</sup> s. dazu schon oben S. 24 und S. 34 ff. s. auch noch einmal Kropholler, S. 167 ff., 176.

<sup>96</sup> s. dazu Constantinesco II, S. 382 ff.

<sup>97</sup> s. dazu noch einmal oben Anm. 4 sowie Bernd von Maydell, Sozialrechtsvergleich und internationales Sozialrecht, in: Methodische Probleme, S. 97 ff.; Wilhelm Wanders, Was ergeben die Erfahrungen bei der internationalen Zusammenarbeit der Sozialversicherungen für die Frage der Vergleichbarkeit der nationalen Sozialrechtsordnungen? Ebenda S. 137 ff. Ferner Josef Schuh, unten S. 191 ff. und den Diskussionsbericht hierzu S. 222 ff.

<sup>98</sup> s. Constantinesco II, S. 407 ff.

Internationale Vorordnung „internen“ nationalen Rechts muß sich dagegen von vornherein auf Spannungen und Differenzen mit den nationalen Rechtsordnungen einrichten<sup>99</sup>. Nur äußerst selten kann es über einen einheitlichen Text<sup>100</sup> hinaus zu einer einheitlichen Wirkung, Auslegung<sup>101</sup> und Entwicklung<sup>102</sup> vorstoßen. Allenfalls für supranationales Recht sind dank der Befugnisse der Kommission und des Europäischen Gerichtshofes die Chancen „echter“ Einheitlichkeit größer<sup>103</sup>. Aber auch hier ist das Eigengewicht der nationalen Rechtsordnungen bekanntlich groß. Von der apokryphen nationalen Differenz der Auslegung und Wirkung zur offenen Konzentration des „höheren“ Rechts auf programmatische und prinzipielle Standards — wie sie für die Konventionen der Vereinten Nationen, der Internationalen Arbeitsorganisation und des Europarates und die Richtlinien des supranationalen Rechts kennzeichnend ist — erstreckt sich daher ein weites Feld unterschiedlicher Distanzen zwischen den nationalen Rechten und dem internationalen oder supranationalen Recht seiner Vorordnung.

Je *intensiver* danach die *Sachregelung* des internationalen oder supranationalen Rechts ist, desto wichtiger, aber auch komplizierter ist die rechtsvergleichende Zuarbeit, die das Wirkungsfeld der Regelung feststellend und umfassend aufzunehmen, möglicherweise aber auch die Muster der Lösung des „höheren“ Rechts zu erbringen hat. Je *distanzierter*, prinzipieller oder programmatischer die „höhere“ Regelung ist, desto eher kann die rechtsvergleichende Zuarbeit auch für das Wirkungsfeld selektiv verfahren. Freilich hat der Verzicht auf einen umfassenden feststellenden Vergleich der „unteren“ Rechte immer Grenzen, jenseits deren Tragweite, Wirkung und Befolgung des „höheren“ Rechts nicht mehr richtig eingeschätzt werden können<sup>104</sup>.

### 3. Zur Typik horizontaler Rechtsvergleichung

Von dem ausgehend, läßt sich die horizontale Rechtsvergleichung im Bezugsraum „höheren“ Rechts fürs erste typisieren wie folgt: *internalisierende* und *außengerichtete* Rechtsvergleichung, *feststellende* und *veränderungsgerichtete* Rechtsvergleichung, *umfassende* und *selektive* Rechtsvergleichung. Bei all diesen Polaritäten handelt es sich nicht um

<sup>99</sup> K. Kropholler, S. 252.

<sup>100</sup> Dabei kann von einem wirklich einheitlichen Text im Hinblick auf die meist notwendige Mehrsprachigkeit ohnedies kaum je die Rede sein. s. dazu etwa Kropholler, S. 249 ff.

<sup>101</sup> s. Kropholler, S. 258 ff., insbes. S. 291 f.

<sup>102</sup> s. Kropholler, S. 292 ff.

<sup>103</sup> s. etwa Kropholler, S. 65 ff., 112 ff.

<sup>104</sup> s. zum Vorstehenden ergänzend Constantinesco II, S. 422 ff.; Kropholler, insbes. S. 30 ff., 159 ff., 254 ff., 278 ff., 299 ff.

Eigentümlichkeiten, die ausschließlich dem Kreuzungsfeld von horizontaler und vertikaler Rechtsvergleichung zuzurechnen wären. Sie haben hier aber ihre besondere Bedeutung.

*a) Internalisierende und außengerichtete Rechtsvergleichung*

*Internalisierende* Rechtsvergleichung zielt auf die Ergänzung des (gesetzten oder gefundenen) Normenvorrats des „höheren“ Rechts. Sie zielt auf den Bestand des „höheren“ Rechts, nimmt Substanz aus den „niedrigeren“ Rechten in ihn hinein. *Außengerichtete* Rechtsvergleichung<sup>105</sup> zielt auf die Aufnahme des Kooperations- oder Konfliktfeldes von neu zu setzendem oder zu findendem „höherem“ Recht. Internalisierende Rechtsvergleichung zielt auf den *Inhalt* des „höheren“ Rechts. Außengerichtete Rechtsvergleichung zielt auf die durch die „niedrigeren“ Rechte gesetzten Bedingungen der *Wirksamkeit* des „höheren“ Rechts.

Internalisierende Rechtsvergleichung kann für sich allein stehen, wo „höheres“ Recht nicht maßgeblich für „unteres“ Recht sein soll (also im Bereich der Vertikalität im weiteren Sinn). Rein internalisierende Rechtsvergleichung haben wir etwa dort, wo Staaten-Staaten-Beziehungen durch rechtsvergleichende Ermittlung tragender Grundsätze nationalen Rechts geordnet werden sollen<sup>106</sup>. Desgleichen liegt internalisierende Rechtsvergleichung vor, wo supranationale Gemeinschaften ihr Recht nach nationalen Mustern gestalten wollen<sup>107</sup>.

Außengerichtete Rechtsvergleichung ist notwendig, wo künftiges „höheres“ Recht auf „unteres“ Recht einwirken soll. Hier dient Rechtsvergleichung dazu, das Wirkungsfeld des neuen Rechts aufzunehmen. Dies ist das Vorgehen, das mit bi- und multilateralen Verträgen verbunden ist, die nationales Recht koordinieren sollen<sup>108</sup>. Sollen dabei auch Muster nationalen Rechts in die Gestaltung des „höheren“ Rechts einbezogen werden, so verbinden sich die Vorgänge der außengerichteten und internalisierenden Rechtsvergleichung.

*b) Feststellende und veränderungsgerichtete Rechtsvergleichung*

*Feststellende* Rechtsvergleichung<sup>109</sup> zielt darauf, das bestehende Recht festzustellen, um es im „höheren“ Recht festzuschreiben oder mit ihm

<sup>105</sup> Der Gegensatz zwischen internalisierender und außengerichteter Rechtsvergleichung wurde im Verlauf des Colloquiums noch mit dem Begriffspaar internalisierender und externer Rechtsvergleichung artikuliert. s. unten S. 278.

<sup>106</sup> s. noch einmal oben Anm. 83.

<sup>107</sup> s. noch einmal oben Anm. 84.

<sup>108</sup> s. dazu Constantinesco II, S. 382 ff., 400 ff.

<sup>109</sup> Der Gegensatz zwischen feststellender und veränderungsgerichteter Rechtsvergleichung wurde im Verlaufe der Diskussion noch mit den Begriffen statischer und dynamischer Rechtsvergleichung artikuliert. s. dazu unten S. 128.

zu einem Ganzen zu verbinden. Feststellende Rechtsvergleichung finden wir also etwa dort, wo supranationales Recht die Begegnung nationaler Rechte zu vermitteln hat (wie z. B. in der Verordnung über die soziale Sicherung der Wanderarbeitnehmer), nicht aber die nationalen Rechte in sich zu ändern. Die richtige „Vermittlung“ der nationalen Rechte setzt die Kenntnis der nationalen Rechte voraus.

*Veränderungsgerichtete* Rechtsvergleichung dagegen sucht nach neuen Lösungen — um mit der gängigen Sprache der Rechtsvergleicher zu reden: nach der „relativ besten Lösung“. Veränderungsgerichtete Rechtsvergleichung ist in besonderem Maße final orientiert. Sie sucht nach Mustern für das richtige Recht. Hier geht es insofern um ähnliche Zweckzusammenhänge, wie sie auch in der horizontalen Dimension anzutreffen sind, wenn nationale Rechte verglichen werden, um einer neuen Gesetzgebung oder auch einer neuen Rechtsprechung ausländische Lösungs- und Erfahrungsvorräte zugute kommen zu lassen.

Ebenso wie internalisierende und außengerichtete Rechtsvergleichung können sich auch feststellende und veränderungsgerichtete Rechtsvergleichung verbinden. So kann etwa eine harmonisierende Verordnung der Europäischen Gemeinschaften auf den feststellenden Rechtsvergleich der zu harmonisierenden nationalen Rechte angewiesen sein, zugleich aber für die eigene Aufgabe — für die „Harmonisierung nach vorne“ wie auch für die Technik des Verbundes der supranationalen und der nationalen Regelungen — nach der „relativ besten Lösung“ Ausschau halten. Eine andere höchst eigentümliche Mischung von feststellender und veränderungsgerichteter Rechtsvergleichung finden wir dort, wo den „unteren“ Rechten allgemeine Rechtsgrundsätze zur Ergänzung des „höheren“ Rechts entnommen werden sollen<sup>110</sup>. Der Gesamtvorgang ist auf Veränderung gerichtet: auf Feststellung von Recht, dem bisher entsprechende Anerkennung und Aussage fehlte. Zunächst aber hat der Rechtsfinder hier nach den Beständen im Recht der „zivilisierten Nationen“, der Mitgliedstaaten usw. zu forschen, sie also festzustellen. Auf der anderen Seite ist klar, daß Ungleichheiten und Widersprüche zwischen den „unteren“ Rechten nicht mit mathematischen Formeln, nicht etwa im Sinne einer Minimal-, Medial- oder Maximalregel überwunden werden können, sondern daß dabei wertend zu verfahren ist<sup>111</sup>. Und darin kommt

<sup>110</sup> s. dazu noch einmal Anm. 83 und Anm. 84.

<sup>111</sup> s. dazu z. B. Zweigert (Anm. 93), S. 418 ff.; Zemanek (Anm. 81), S. 465. Die Spielräume solcher Wertung stehen hier nicht zur Diskussion. Jedoch muß darauf hingewiesen werden, daß die geläufige Verabsolutierung der Formel von der „relativ besten Lösung“ gefährlich ist. Wer bestimmt sie? Nach welchen Kriterien? Zumindest die Leitfunktion des zu ergänzenden „höheren“ Rechts, das den Adaptionsvorgang regiert, muß klar sein. Aber auch darüber hinaus ist Rechenschaft darüber notwendig, welche Wertungsmaximen zur Auswahl der „relativ besten Lösung“ führen sollen oder geführt haben und warum sie legitim sind. s. dazu insbes. Meessen (Anm. 80), S. 301 ff. mit ein-



der veränderungsgerichtete Charakter des Gesamtvorgangs zum Ausdruck.

*c) Umfassende und selektive Rechtsvergleichung*

*Umfassende* Rechtsvergleichung versucht einen gewissen Kreis nationaler Rechte hinsichtlich des gefragten Gegenstandes erschöpfend aufzunehmen. Sozialversicherungsabkommen etwa können nur richtig geschlossen werden, wenn die nationalrechtlichen Voraussetzungen der betroffenen Rechtsordnungen exakt bekannt sind. Entsprechendes gilt für die Rechtssetzungsakte der Europäischen Gemeinschaften, die nicht nationale Rechte ablösen, sie vielmehr in bessere wechselseitige Verbindung bringen und einander angleichen sollen<sup>112</sup>. In einem relativen Sinne hat auch die Ermittlung allgemeiner Rechtsgrundsätze des nationalen Rechts als Quelle des Völkerrechts im Sinne des Art. 38 des Statuts des Internationalen Gerichtshofs umfassend zu sein<sup>113</sup>.

Auf der anderen Seite kann sich die rechtsvergleichende Suche nach der „relativ besten Lösung“ — wo immer sie geboten und zulässig ist — auf Bereiche vermutlicher Fündigkeit konzentrieren<sup>114</sup>. Sie verfährt selektiv. Aber auch die außengerichtete Ermittlung des Wirkungsfeldes neuen „höheren“ Rechts, das (wie etwa Konventionen) für viele Staaten gelten und vielleicht auch nur prinzipiellen oder programmatischen Charakter haben soll, kann sich und muß sich oft mit Stichproben der betroffenen nationalen Rechte begnügen.

*d) Querverbindungen*

Zwischen feststellender und umfassender Rechtsvergleichung besteht also ein tendenzieller Zusammenhang und ebenso zwischen veränderungsgerichteter und selektiver Rechtsvergleichung. Die letzteren beiden Kategorien finden sich deshalb auch beide gemeinhin als wertende Rechtsvergleichung bezeichnet<sup>115</sup>. Selektion setzt Wertung voraus. Und das Ergebnis der „selektiven Nachschau“ wird eingebracht in den konkreten oder allgemeinen, gebundenen oder freien Rechtserzeugungsvorgang

gehenden Nachweisen. S. aus neuerer Zeit vor allem Hailbronner (Anm. 79), insbes. S. 205 ff., 215 ff.

<sup>112</sup> s. oben Anm. 92 und Anm. 95.

<sup>113</sup> s. dazu aus neuerer Zeit etwa Hailbronner (Anm. 79), S. 207 ff. und seine Nachweise.

<sup>114</sup> Allerdings ist die Gefahr, daß Vorurteile rechtsvergleichend untermauert werden, groß. Das ist dann der Fall, wenn die im Text behauptete Freiheit dahin mißverstanden wird, daß der Rechtsschöpfer oder Rechtsfinder und sein rechtsvergleichender Zuarbeiter nur nach den Rechten Ausschau halten, in denen eine vom Ergebnis her zusagende Lösung vermutet wird. Demgegenüber sollten sich die Beteiligten stets der Mühe unterziehen und der Kontrolle aussetzen, weiter auszugreifen.

<sup>115</sup> Siehe noch einmal Anm. 111.

und also auch Rechtsveränderungsvorgang, dessen Gesetze auch die Maßstäbe der Bewertung liefern müssen, kraft deren der Befund in den Rechtserzeugungsvorgang eingeht.

Weniger eindeutig ist das Verhältnis der beiden Kategorien zu den Phänomenen der internalisierenden und der außengerichteten Rechtsvergleichung. Das notwendige Minimum internalisierender Rechtsvergleichung ist selektiv und veränderungsgerichtet: Ermittlung und Aufbereitung des kritischen und kreativen Potentials zur inneren Entwicklung des aufnehmenden „höheren“ Rechts. Internalisierende Rechtsvergleichung kann aber auch in die Dimension feststellender und umfassender Rechtsvergleichung geraten, wenn dieser Rechtserzeugungsvorgang auf einen gewissen Kreis von Rechten verweist und deren Bestand wenigstens berücksichtigt werden muß — wie eben bei der Findung allgemeiner Rechtsgrundsätze des Völker- und des Europarechts. Auf der anderen Seite hat außengerichtete Rechtsvergleichung kraft der Außenrichtung des Gesamtvorganges einen notwendigen Bezug zur möglichst umfassenden Feststellung der betroffenen Rechte. Sie will aber immer auch neues „höheres“ Recht, das sich auf die betroffenen „niedrigeren“ Rechte richtet und ist zumindest insofern immer auch selektiv und veränderungsgerichtet.

#### **4. Die subjektive Seite, insbesondere die verschiedenen sozialen Rollen, in denen horizontaler und vertikaler Rechtsvergleich betrieben wird**

Vermerkt muß schließlich werden, daß durch die vertikale Dimension der Rechtsvergleichung sich auch die *Subjekte und Verfahren der Rechtsvergleichung* verändern. Allein von der horizontalen Rechtsvergleichung her zeigt sich etwa das folgende Bild. Rechtssetzer und Rechtsanwender interessieren sich für die Hilfe, die ausländische Lösungs- und Erfahrungsvorräte für die Bewältigung inländischer Rechtsprobleme bieten können. Ferner interessieren sie sich — exakter — für die Entsprechungen inländischen und ausländischen Rechts, um adäquate Lösungen für Sachverhalte, die zu mehreren Rechten in Beziehung stehen, zu finden. Die Wissenschaft unterstützt sie dabei. Sie bemüht sich darüber hinaus im Sinne besserer Erkenntnis des Rechts als eines humanen und sozialen Phänomens, Gleichheiten und Ungleichheiten, Ähnlichkeiten und Unähnlichkeiten zwischen Rechten zu erfassen, zu verstehen und zu bewerten. Der so gegebene Wissens- und Erfahrungsvorrat erweitert und intensiviert die Möglichkeiten jener Unterstützung.

Bezieht sich nun internationales und supranationales Recht auf die nationalen Rechte, so kommen im eben skizzierten Sinne neue Bedürfnisse nach Rechtsvergleichung auf, treten neue Nachfragen nach Rechts-

vergleichung auf, ergeben sich aber auch neue Austauschvorgänge, die zu wechselseitiger Kenntnis verschiedener Rechte führen. So werden Verhandlungsdelegationen, die bi- oder multilaterale Verträge aushandeln<sup>116</sup>, internationale oder supranationale Bürokratien, welche internationale Konventionen oder supranationale Rechtssetzungsakte vorzubereiten und anzuwenden haben, internationale und supranationale parlamentarische Gremien, die über internationale und supranationale Rechtssetzungsakte vorbereitend oder definitiv zu beschließen haben, internationale Kontrollorgane (wie die Expertenkomitees und die politischen Organe des Europarates und der Internationalen Arbeitsorganisation oder auch der Vereinten Nationen) und schließlich vor allem internationale Gerichte<sup>117</sup> zu Stätten mehr oder minder konzentrierter rechtsvergleichender Erfahrung<sup>118</sup>. Für die Wissenschaft steigert sich die Möglichkeit praktischer Sinnerfahrung ihrer Arbeit. Die steigende Nachfrage nach Expertisen aktiviert die Forschung und verschafft ihr Effektivität. So scheint sich die Perspektive einer umfassenden Zunahme an rechtsvergleichender Aktivität und Interkommunikation abzuzeichnen.

Jedoch darf nicht übersehen werden, daß die konkreten Zwecke, von denen diese Aktivitäten gesteuert werden, auch zu Verkürzungen der rechtsvergleichenden Vorgänge führen. Internationale Gerichte etwa stehen unter dem Eindruck des Einzelfalles. Er gebietet oder gestattet es ihnen, allgemeinere Aussagen zu unterlassen. Oft auch ist das schon eine Sache des Urteilsstiles. Und letztlich läuft das Gericht Gefahr, durch die Ausbreitung seiner rechtsvergleichenden Urteilsgrundlagen unnötige Angriffsflächen zu bieten — die bei dem anerkannt hohen Fehlerisiko rechtsvergleichender Arbeit unvermeidlich sind<sup>119</sup>. Internationale und supranationale parlamentarische Gremien stehen vor allem vor der Aufgabe politischer Entscheidung. Pflicht und Neigung, die Grundlagen exakt offenzulegen, sind gering. Nationale, supranationale und internationale Bürokratien haben zumeist einen hohen Kenntnisstand<sup>120</sup>.

---

<sup>116</sup> s. dazu in diesem Zusammenhang Constantinesco II, S. 380 ff.

<sup>117</sup> Zu diesem in diesem Zusammenhang vor allem Kropholler, S. 278 ff.; Bothe (Anm. 79) und die dortigen Nachweisungen.

<sup>118</sup> s. zum Vorstehenden auch noch einmal Ficker (Anm. 31).

<sup>119</sup> s. zur Rechtsvergleichung durch internationale und supranationale Gerichte außer den in Anm. 7 Zitierten und deren Nachweisen vor allem die von Erfahrung durchdrungenen Berichte von Mosler (Anm. 33) und Kutscher (Anm. 46), S. I - 23 ff.

<sup>120</sup> s. dazu als Beispiele Wanders, Jantz und Echterhölter (Methodische Probleme), S. 137 ff., 195 ff., 221 ff., sowie Schregle, Nagel, Schuh, Pipkorn und Kaupper unten S. 133 ff. — Hier ist noch einmal an ein Phänomen zu erinnern, das im Ductus dieser Überlegung nur peripherisch erwähnt werden kann. Internationale und supranationale Organisationen haben weitgehend die Aufgabe, auf die Entwicklung nationalen Rechts konsultativ einzuwirken. Das kann primär um des Gemeinwohls der betroffenen Nationen wegen geschehen — wie das weitgehend für die Beratungstätigkeit der Vereinten Nationen und

Die Summe der technischen Details und die Dynamik stets neuer Herausforderungen auf der einen Seite, sowie andererseits die Gefahr, durch systematische Darlegungen Elastizität und politisches Anpassungs- und Durchsetzungsvermögen einzubüßen, wirken jedoch darauf hin, daß diese hoch zu veranschlagenden Vorräte an Kenntnissen und Techniken wenig systematisiert und nach außen hin nicht systematisch dargestellt werden. Besonders deutlich ist die Verkürzung rechtsvergleichender Vorgänge dort, wo nichtrichterliche internationale Kontrollorgane die Einhaltung nationaler Standards zu überwachen haben<sup>121</sup>. Die Darlegungen sind dabei weitgehend auf Regierungen und gesellschaftlich maßgebliche Kräfte (Verbände) beschränkt. Und die Kontrollorgane sind teils rechtlich, teils tatsächlich außerstande, die Sachverhalte über diese offiziellen Darlegungen hinaus zu untersuchen. Somit wird weitgehend ein bloßer Anschein von Normen und Verhältnissen mit den Anforderungen internationalen Rechts verglichen<sup>122</sup>.

Der Verdacht, daß solch spezialisierter und entsprechend teilhafter Rechtsvergleich den Blick eher verstellen als weiten kann, liegt nahe. Doch gibt es kaum Wege, diese Beschränkungen und Einseitigkeiten konkret zweckhafter Rechtssetzungsarbeit generell auszuräumen. Vielmehr ist es wichtig, den *jeweils spezifischen, ausschnittshaften Charakter der Rechtsvergleichungsarbeit* zu sehen. Er hat sich oben schon *sachlich* im Sinn des spezifischen, ja besonderen Charakters der verschiedenen Rechtsvorgänge gezeigt. Hier geht es um die *subjektive* Entsprechung — die nicht notwendig eine Entsprechung jeweils zwischen einem Typ von Akteuren und einem Typ sachlicher Spezialität von Rechtsvergleichung ist. Die größte Gefahr besteht nicht in dem hier auf die Subjekte bezogenen *Teilcharakter* jeder Rechtsvergleichungsarbeit an sich, sondern darin, die spezielle rechtsvergleichende Arbeit jeweils für *die* Rechts-

ihrer zahlreichen Unter- und Sonderorganisationen, der Internationalen Arbeitsorganisation usw. zutrifft. Es kann daneben oder primär den Zweck haben, eine internationale oder supranationale Gemeinschaft zu integrieren — wie das für die Europäischen Gemeinschaften zutrifft (s. insbes. Art. 118 EWG-Vertrag). Die Funktionäre und Experten dieser Organisationen sind im Rahmen solcher Aufgaben zur Rechtsvergleichung veranlaßt, ja gezwungen. Und ihre rechtsvergleichende Erfahrung ist ein wichtiger Beitrag auch zu der sonstigen Rechtsvergleichung im Rahmen dieser Organisationen.

<sup>121</sup> So z. B. die Gremien nach Art. 8 ff. des Internationalen Übereinkommens zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung vom 7. März 1966; Art. 28 ff. des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte vom 19. Dezember 1976; Art. 16 ff. des Internationalen Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 19. Dezember 1966; Art. 19, 22, 23, 24 ff. der Verfassung der Internationalen Arbeitsorganisation — dazu genauer van der Ven (Anm. 19), Schregle, unten S. 133 ff.; Art. 21 ff. der Europäischen Sozialcharta vom 18. Oktober 1961; Art. 74 ff. der Europäischen Ordnung der sozialen Sicherheit vom 16. April 1964 (dazu genauer Nagel, unten S. 161 ff.).

<sup>122</sup> Die Anwendung von Formelkompromissen auf oberflächlich wahrnehmbare Verhältnisse: Zacher laut Diskussionsbericht zu van der Ven (Anm. 19), S. 191 ff.

vergleichung schlechthin zu halten. Je mehr Rechtsvergleichung rechtssetzend und rechtsanwendend relevant wird, desto mehr muß für die Rechtsvergleichung, wie im übrigen Rechtsleben auch, die *Rollenverteilung* bewußt werden<sup>123</sup>. Auch die Wissenschaft vermag nicht das Ganze der Rechtsvergleichung darzustellen. Und je länger der Prozeß in der Verbindung von horizontaler und vertikaler Rechtsvergleichung anhält, desto deutlicher wird dies. Aber die Wissenschaft bleibt *das* Element mit der weitestreichenden Fähigkeit des Überblicks und der Integration<sup>124</sup>.

#### IV. Sozialrechtsvergleich im Bezugsrahmen internationalen und supranationalen Rechts

##### 1. Vorbemerkungen

Zusammenhänge zwischen

- dem internationalen und supranationalen *Recht*
- insbesondere dem internationalen *Sozialrecht* und dem supranationalen *Sozialrecht* und
- dem nationalen Sozialrecht und der Vergleichung nationalen Sozialrechts

herzustellen, war der Zweck dieses Colloquiums. Dabei konnte es sich schon deshalb nur um einen exemplarisch angelegten Versuch handeln, weil sowohl das internationale Sozialrecht<sup>125</sup> als auch die nationalen Sozialrechte und insbesondere ihre Vergleichung<sup>126</sup> der Aufbereitung und Darstellung harren<sup>127</sup>. Die „Versuchsanordnung“ bestand darin, daß die Referate über „Rechtsvergleichung und Völkerrecht“ (*Dieter Blumenwitz*)<sup>128</sup> und „Rechtsvergleichung im Europäischen Gemeinschaftsrecht“ (*Albert Bleckmann*)<sup>129</sup> die Problematik dieses Kreuzungsfeldes von horizontaler Vergleichung nationaler Rechte und vertikaler Vergleichung von Völkerrecht, supranationalem Recht und nationalem Recht ohne Beschränkung oder auch nur Konzentration auf das Sozialrecht zu skizzieren hatten. Die anderen Referate sollten konkrete sozialrechtliche Erfahrungsbereiche in diesem Kreuzungsfeld beschreiben. Der Versuch, dieses Kreuzungsfeld für jeweils das *ganze* nationale, supranationale und in-

<sup>123</sup> Zur Kooperation der juristischen Rolle s. Zacher, Grundfragen usw. (Anm. 2), S. 10 m. w. Nachw.

<sup>124</sup> Zur Notwendigkeit, zwischen den verschiedenen Akteuren der Rechtsvergleichung zu unterscheiden s. den Diskussionsbericht unten S. 128.

<sup>125</sup> s. oben Anm. 7.

<sup>126</sup> s. oben Anm. 16.

<sup>127</sup> Unter den angesprochenen Kategorien erscheint das supranationale Sozialrecht der Europäischen Gemeinschaften am eingehendsten aufbereitet, s. oben Anm. 15.

<sup>128</sup> s. unten S. 75 ff.

<sup>129</sup> s. unten S. 97 ff.

ternationale Sozialrecht darzustellen, konnte wegen des Standes der Forschung und der begrenzten Möglichkeit von Referaten niemandem zugemutet werden<sup>130</sup>.

## 2. Völkerrecht und Sozialrechtsvergleichung

### a) Völkerrecht als Staaten-Recht

Völkerrecht ist in erster Linie Staaten-Recht: Recht des Werdens und Vergehens von Staaten, ihrer territorialen und personellen Grenzen, ihres Handelns gegen- und untereinander, ihrer Verpflichtungen untereinander und ihrer Streitigkeiten. Rechtsvergleichung hat hier den Normenvorrat nationalen Rechts für die Beziehungen zwischen gleichgeordneten Subjekten, insbesondere also des nationalen Privatrechts, für die Entwicklung des Rechts zwischen den Staaten erschlossen<sup>131</sup>. Indem die internationalen Organisationen an Zahl und Bedeutung zunahmen, ergab sich auch ein wachsender Bedarf an Modellen des Organisationsrechts<sup>132</sup>. Sozialrecht als ein Recht gegen ökonomische und ökonomisch bedingte Unterschiede und Abhängigkeiten hatte in diesen Beziehungen keinen Ort. Und Nachfrage nach Rechtsvergleichung richtete sich nicht auf das nationale Sozialrecht. Erst die Diskussion um die „neue Weltwirtschaftsordnung“ brach dann auch in größerem Umfang einer „Materialisierung“ der Staaten-Staaten-Beziehung Raum<sup>133</sup>. Internationale Verteilungsordnung und internationale Umverteilung sind keine Unvorstellbarkeiten mehr. Und von hier aus wird sich eine Nachfrage nach einem Sozial-Völkerrecht ergeben, die von nationalen Vorbildern — speziell von Mustern der Umverteilung — zum internationalen Recht hinaufführen kann<sup>134</sup>. Sowohl für die Suche nach den „relativ besten Lösungen“ für diese Probleme, als auch für die Ermittlung des Koope-

<sup>130</sup> Damit soll niemandem nahegetreten werden, der sich imstande gesehen hätte, ihn zu unternehmen. Die folgenden Zeilen können und sollen diesen Versuch nicht ersetzen. Sie sollen nur helfen, die herausgegriffenen Themen in der weiten Landschaft zu lokalisieren und eine Spur von Rechenschaft über die Lücken zu geben, die bleiben mußten.

<sup>131</sup> s. dazu noch einmal die oben zitierten Arbeiten von Strebel, Hailbronner und Bothe (Anm. 78). s. ferner Blumenwitz unten S. 75 ff.

<sup>132</sup> Siehe dazu noch einmal Ress (Anm. 78) und seine Nachweise.

<sup>133</sup> Siehe dazu Tomuschat (Anm. 13); Ernst Petersmann, Die Dritte Welt und das Wirtschaftsvölkerrecht, ZaÖRV Bd. 36 (1976), S. 492 ff. Siehe auch die Zusammenstellung der wichtigsten internationalen Dokumente, in: Bericht zur Entwicklungspolitik der Bundesregierung (Zweiter Bericht) — Entwicklungspolitische Konzeption der Bundesrepublik Deutschland (Neufassung 1975), Deutscher Bundestag, Drucksache 7/4293, S. 37 ff., ergänzend „Resumed Assembly Session Fails to Agree on Paris Conference Achievements“, UN-Cronicle, Vol. XIV, N. 9, Oct. 1977, S. 32 ff.

<sup>134</sup> s. dazu auch das Gutachten des Wissenschaftlichen Beirats beim Bundesministerium für Wirtschaft über die „Fragen einer neuen Weltwirtschaftsordnung“ BMWi, Studienreihe 15, 1976, S. 59 ff.

rations- und Konfliktfeldes in den nationalen Rechtsordnungen, mit dem die Lösungen zu rechnen und in dem sie zu wirken haben, wird hierfür der Sozialrechtsvergleich<sup>135</sup> in Anspruch genommen werden müssen. Freilich wird das so auf den Weg kommende „Internationale Wirtschafts- und Sozialrecht“ selbst sich nur ausnahmsweise auf das nationale Sozialrecht beziehen. Im wesentlichen zielt die Entwicklung auf das Verhältnis der Staaten untereinander, nicht auf eine bestimmte völkerrechtliche Gestaltung ihrer internen Verhältnisse<sup>136</sup>. Wenn hier Sozialrechtsvergleich Dienste leisten kann, so sind sie primär internalisierender und

<sup>135</sup> So spielen die Transfers von Sozialleistungen im Rahmen internationalen Sozialversicherungsrechts bereits heute eine wesentliche Rolle in der internationalen Verteilung und Umverteilung.

<sup>136</sup> Die internationalen Dokumente sind nicht eindeutig. Zwei Fragen vermischen sich: (1) Wirtschaftspolitik oder Sozialpolitik durch Wirtschaftspolitik? (2) Sind die Staaten als nach außen geschlossene Ganzheiten oder die Verhältnisse (auch der einzelnen, ihrer Gruppen, einzelner Regionen, Schichten usw.) in den Staaten Gegenstand der internationalen Politik? Von der Offenheit und Überschneidung dieser Fragen her ergeben sich vielfache Mehrdeutigkeiten und Dissense. Für den Überschneidungsbereich seien — in zeitlicher Reihenfolge — folgende Dokumente zitiert:

1. *Declaration on Social Progress Developments* vom 30. 12. 1969 (GA/RES/2542 [XXIV]): Die ersten 22 Artikel zählen alle denkbaren Ziele nationaler Sozialpolitiken auf; Art. 23 und 24 bringen unter der Überschrift „Means and Methods“ als Voraussetzung echten sozialen Fortschritts sowohl des Einzelstaates, wie der „intern. Community“ alle im Rahmen einer „Neuen Intern. WeltwirtschaftsO“ diskutierten Forderungen der E-Länder (Art. 23 lit. (b), (d), (e); Art. lit. (b), (c).
2. *Proklamation der II. Entwicklungsdekade der VN* vom 16. 10. 1970 (GA/RES/UN/Doc/A/8124), deutscher Text bei Meyer / Seul / Klingner, „Die zweite Entwicklungsdekade der VN“, Bochumer Schriften zur Entwicklungsforschung und Entwicklungspolitik Bd. 10, Düsseldorf 1971,
 

A. Präambel „Die Regierungen ... geloben, einzeln und gemeinsam eine Politik zu verfolgen, die so angelegt ist, daß eine gerechtere und vernünftiger Wirtschaft- und Sozialordnung geschaffen wird, in der die Gleichheit der Chancen ebenso sehr ein Vorrecht von Nationen wie von einzelnen innerhalb einer Nation sein sollte ...“
3. *Erklärung über die Errichtung einer neuen Weltwirtschaftsordnung* vom 1. 5. 1974 (RES/3201 (S-VI) und RES/3202 (S-VI) der 6. Sondergeneralversammlung der VN:
 

Präambel Ziff. 3 „... daß die Interessen der entwickelten Länder und die der Entwicklungsländer untrennbar geworden sind; ... Internationale Zusammenarbeit bei der Entwicklung ist das gemeinsame Ziel und die gemeinsame Pflicht aller Länder ...“
4. *Charta der wirtschaftlichen Rechte und Pflichten der Staaten* vom 12. Dez. 1974 (GA/RES/3281). Nach Kapitel I müssen die Grundlagen der internationalen Wirtschaftsbeziehungen auf folgenden Grundsätzen beruhen: gegenseitiger und gerechter Nutzen, Förderung der internationalen sozialen Gerechtigkeit (lit. e und m). Kapitel II (insbes. Art. 17) bringt das Argument der „Bedürftigkeit eines Staates“ als Grundlage für einen Anspruch auf Hilfe. Kapitel IX lautet:
 

„Alle Staaten haben die Aufgabe, in wirtschaftlichem, sozialem, kulturellem, wissenschaftlichem und theoretischem Bereich zusammenzuarbeiten, um den wirtschaftlichen und sozialen Fortschritt in der ganzen Welt, insbes. in den Entwicklungsländern zu fördern.“

— mangels Maßgeblichkeit des Völkerrechts für *das* nationale Recht — nur im weiteren Sinne vertikaler Natur.

Vertrauter schon ist die Nachfrage internationaler Organisationen nach sozialrechtlichen Modellen. Das Dienst- und Sozialrecht der Bediensteten und Funktionäre verlangt nach Lösungen, deren Vorbilder im nationalen Arbeits-, Beamten- und Sozialrecht gesucht werden konnten. Darüber hinaus haben auch die sozialpolitischen Aufgaben einzelner Organisationen nach sozialrechtlichen Mustern verlangt. Doch damit ist bereits der Bereich der Einwirkung des Völkerrechts auf das nationale Sozialrecht betreten.

#### *b) Die völkerrechtliche Vorordnung des nationalen Sozialrechts*

Hinter der „Kulisse“ der Staaten-Staaten-Beziehungen und der Staaten-Organisationen vollzog sich nämlich seit dem Ende des 19. Jahrhunderts ein durch die Geschlossenheit der Staaten als Völkerrechtssubjekte und die Mediatisierung der inneren Verhältnisse und des einzelnen gegenüber dem Völkerrecht<sup>137</sup> lange gehemmter Prozeß: die Erkenntnis und Zunahme der Verantwortung der Staatengemeinschaft und somit des Völkerrechts für den Menschen und seine Lebensverhältnisse auch in den Staaten<sup>138</sup>. Der elementare Nenner dafür ist die Entwicklung der Menschenrechte im Völkerrecht — der Freiheits- und politischen Rechte sowie der sozialen, wirtschaftlichen und kulturellen Rechte: Daß dabei die nationalen Muster Pate standen und die Rechtsvergleichung helfen mußte, ist offensichtlich — ja für die wissenschaftliche Reflexion fast zu selbstverständlich.

Parallel dazu verlief die Erkenntnis, daß die Unterschiede der nationalen Rechte dem Verkehr der Menschen und Güter hinderlich waren, daß also nach Vereinheitlichung oder Angleichung — jedenfalls nach Abbau der Hinderlichkeit der Rechtsgrenzen, insbesondere also im Kollisionsrecht — gesucht werden muß<sup>139</sup>. Wo man sich dabei nicht mit — abgesprochener oder sich sonst ergebender — faktischer Annäherung begnügen, sondern rechtliche Wege und Garantien nutzen wollte, konnte das nur über das Völkerrecht geschehen<sup>140</sup>. Und auch für all dies wurde Rechtsvergleichung zur unerläßlichen Voraussetzung<sup>141</sup>.

<sup>137</sup> Siehe z. B. Verdross / Simma (Anm. 14), S. 57 ff.

<sup>138</sup> Siehe etwa Verdross / Simma (Anm. 14), S. 57 ff.

<sup>139</sup> Siehe etwa Verdross / Simma (Anm. 14), insbes. 599 ff. und die dortigen Nachweise.

<sup>140</sup> Kropholler, S. 34 f., 43 ff., 93 ff., 112 ff.

<sup>141</sup> Siehe etwa Zweigert / Kötz (Anm. 25), S. 23 ff.; Constantinesco II, S. 400 ff., 421 ff.



Dies alles fällt in die Zeit, in der die soziale Verantwortung sich in der Politik Bahn bricht, so daß internationale Verantwortung für den Menschen auch internationale Sozialpolitik bedeutet<sup>142</sup>. Mit der Entwicklung der sozialpolitischen Systeme in den Staaten werden die Unterschiede in Sozialpolitik und Sozialrecht zu immer bedeutsameren Bestimmungsgründen für die Rolle des Faktors Arbeit im internationalen Wettbewerb der Wirtschaft. Auch von daher ergeht also ein Ruf nach Standardisierung. Wichtiger aber wird auf Dauer, daß die Idee der Gleichheit, die jeder Sozialpolitik immanent ist, nicht ohne Inkonsequenz an den Grenzen anhalten kann. Und endlich bewirkt die Angewiesenheit des Menschen auf die sozialpolitischen Systeme, insbesondere die Systeme sozialer Sicherung und seine Verstrickung in sie, daß deren nationale Unterschiede zu wichtigen Barrieren für die internationale Wanderung werden. Dies alles führt dazu, daß sich internationales Sozialrecht entwickelte, durch welches Völkerrecht auf die nationalen Rechtsordnungen einwirkt.

Sowohl den Bedürfnissen der Koordination als auch den Möglichkeiten des Sozial-Völkerrechtes gegenüber den nationalen Rechten konnte und mußte dabei durch eine reiche *Vielfalt* verschiedener Instrumente entsprochen werden<sup>143</sup>. So ist etwa zu unterscheiden

- nach dem Inhalt: zwischen der *kollisionsrechtlichen* Ordnung der *Begegnung* der nationalen Sozialrechtsordnungen (vor allem durch Sozialversicherungsabkommen, Fürsorgeabkommen usw.)<sup>144</sup> und der *Standardisierung des „internen“ Sozialrechts* (elementar durch den UN-Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte und die Europäische Sozialcharta; detaillierter durch ILO-Übereinkommen und Empfehlungen und durch weitere Empfehlungen des Europarates)<sup>145</sup>;
- nach der Intensität und der Differenziertheit der Aussage: zwischen den *unmittelbaren Sachregelungen* (wie sie eher im Kollisionsrecht anzutreffen sind) und den *prinzipiellen und programmatischen Garantien* (wie sie sich eher für die Standardisierung „inneren“ Sozialrechts zu eignen scheinen)<sup>146</sup>;

<sup>142</sup> S. z. B. Gertrud Savelsberg, Art. „Sozialpolitik (V) Internationale Sozialpolitik, Handwörterbuch der Sozialwissenschaften, Bd. 9 (1956), S. 564 ff.; Peter Heyde, Internationale Sozialpolitik, 1960; Ludwig Preller, Praxis und Probleme der Sozialpolitik, 2 Bde. 1970, Bd. II S. 692 ff.

<sup>143</sup> Die nachfolgenden Hinweise können dem internationalen Arbeitsrecht nicht spezifisch Rechnung tragen. Deshalb sei generell auf die einander ergänzenden Werke von *Gamillscheg* (Anm. 8) und *Schnorr* (Anm. 12) hingewiesen.

<sup>144</sup> Siehe dazu für die deutsche Praxis Plöger / Wortmann, Deutsche Sozialversicherungsabkommen (fortlaufend). Weitere Hinweise siehe bei den oben in Anm. 7 Zitierten.

<sup>145</sup> Siehe dazu die Zusammenstellung bei Hans F. Zacher, Internationales und Europäisches Sozialrecht (Anm. 12). — Siehe zur Relevanz dieser Unterscheidung für den Einbezug des Rechtsvergleichs oben S. 34 ff., 49 f.

- nach den Adressaten: zwischen wie innerstaatliches Recht anwendbaren — sich also auch an Bürger und Verwaltung wendenden — „*self-executing*“-Verträgen (wie sie wieder eher für das Kollisionsrecht typisch sind) und den nur die Staaten — sich also in der Sache an Regierungen und Gesetzgeber richtenden — „*non-self-executing*“-Verträgen (wie sie vor allem der Bestimmung von Standards gemäß sind)<sup>147</sup>;
- nach der Zahl der beteiligten Staaten und dem Vorgang der Beteiligung: zwischen *bilateralen und multilateralen* Abkommen zwischen zwei oder wenigen Staaten, die auf diese Weise eine große Nähe zum nationalen Recht, eine große Regelungsintensität und einen direkten Geltungsanspruch erreichen können (wie etwa bei Sozialversicherungsabkommen, Fürsorgeabkommen usw.) und den breit ausgelegten und deshalb tendenziell dem nationalen Recht gegenüber distanzierteren und geltungsschwächeren *Konventionen* (weltweit der Vereinten Nationen und der Internationalen Arbeitsorganisation; europäisch des Europarates)<sup>148</sup>;
- nach den Sanktionsmechanismen: zwischen den schlichten *allgemeinen Sanktionsmechanismen* völkerrechtlicher Verträge (wie sie sich z. B. aus dem Synallagma bilateraler Verträge oder aus den allgemeinen Grundsätzen völkerrechtlicher Rechtsdurchsetzung ergeben)<sup>149</sup> oder den *spezifischen Sanktionsmechanismen* internationaler Organisationen (besonderen Organen und Verfahren, wie sie vor allem die Internationale Arbeitsorganisation und der Europarat, aber auch die Vereinten Nationen gerade für den sozialrechtlichen Bereich aufgebaut haben)<sup>150</sup>;
- endlich — und schon am Rande des Themas — nach dem „imperativen“ oder „konsultativen“ Charakter: zwischen der Herstellung von *verbindlichen oder doch autoritativ empfohlenen Rechtstexten* (wie Verträgen, Übereinkommen oder Empfehlungen der Internationalen Arbeitsorganisation) oder der *Konsultation* (in Konferenzen, in Organen internationaler Organisationen oder durch Berater, die von internationalen Organisationen gestellt werden)<sup>151</sup>. Mit dieser letz-

<sup>146</sup> Siehe zur Relevanz dieser Unterscheidung oben S. 30 ff., 32, 50.

<sup>147</sup> Siehe dazu etwa Wilhelm Wengler, Die Unanwendbarkeit der Europäischen Sozialcharta im Staat, 1969. — Zur Relevanz dieser Unterscheidung siehe oben S. 33, 62; ferner Constantinesco II, S. 391 f.; Kropholler, S. 101 ff.

<sup>148</sup> Siehe zur Relevanz dieser Unterscheidung oben S. 21 f., 37 ff.

<sup>149</sup> Siehe etwa Verdross / Simma (Anm. 14), S. 409 ff., 613 ff., 647 ff.

<sup>150</sup> Siehe noch einmal Anm. 121, siehe ergänzend etwa die vergleichende Darstellung der Sanktionsmechanismen des Europarats (nach der Europäischen Sozialcharta) und der Internationalen Arbeitsorganisation bei F. M. van Asbeck, La Charte Sociale Européenne: Sa Portée Juridique, La Mise en Oeuvre, in: Mélanges offertes à Henri Rolin, Paris 1964, S. 427 ff. (445). — Zur Relevanz der Unterscheidung siehe oben S. 22 f., 32 f.

teren Unterscheidung wird das Kriterium der Maßgeblichkeit des höheren Rechts preisgegeben und damit die Grenze engerer vertikaler Rechtsvergleichung überschritten.

Daß alle diese Unterschiede ihre — zumindest potentielle — Relevanz für den Einbezug des Rechtsvergleiches in die Vorgänge der Rechtsbildung und Rechtsanwendung haben, sollte oben dargetan worden sein.

c) *Zur spezifischen Nicht-Identität  
von internationalem und nationalem Sozialrecht*

Die Trias von (meist bilateralen) Sozialversicherungs- und Fürsorgeabkommen, regionalen (europäischen) Konventionen und weltweiten Konventionen exemplifiziert auch die typische schwellenbedingte Konzentration von *Kategorien der Nicht-Identität*, die den vertikalen Rechtsvergleich zwischen maßgeblichem „höherem“ Recht und untergeordnetem nationalem Recht charakterisieren<sup>152</sup>. Bilaterale Abkommen, multilaterale, insbesondere regionale (z. B. europäische) Konventionen, und multilaterale weltweite Konventionen stehen jeweils vor sehr unterschiedlichen Problemen der Zahl der Rechtssetzungssubjekte, der natürlichen Bedingungen, der sozialen, technischen, kulturellen, wirtschaftlichen und politischen Ambiance, der nationalen Rechtsordnungen und der Sprache. Und sie müssen und können in ganz verschiedener Weise darauf reagieren.

Allen diesen Instrumenten aber ist gemeinsam, daß sie „über“ oder vielleicht sollte man besser sagen „außerhalb“ der Zone umfassender politischer und rechtlicher Verantwortung angesiedelt sind, die der Staat darstellt<sup>153</sup>. Völkerrechtliche Abkommen und Konventionen können den nationalen Rechtsordnungen und Politiken ihre Verantwortung nicht abnehmen und müssen deren Prioritäten hinnehmen. Das wirkt sich gerade im sozialrechtlichen Bereich mehr aus als in irgendeinem anderen. Sozialrecht muß, soweit es nicht zwischenbürgerliche Ordnung<sup>154</sup>, sondern Verteilung und Umverteilung ist, permanent durch eine Politik realisiert werden, die zu einer gesamthaften Disposition über ein ko-

<sup>151</sup> Siehe dazu oben S. 20, 55 f. und Anm. 120. Exemplarisch siehe etwa M. García Cruz, *La Seguridad Social en México*, Bd. 1, Mexiko 1972, S. 71 ff.

<sup>152</sup> Siehe oben S. 29, 36 ff. Die beiden Typen sind auch in den beiden Colloquien (siehe „Methodische Probleme“ und diesen Band) immer wieder hervorgetreten. Zum Typ des bilateralen Sozialversicherungsabkommens usw.: Wanders, *Methodische Probleme*, S. 137 ff.; Schuh, unten S. 191 ff. Zur standardisierenden Konvention: van der Ven, *Methodische Probleme*, S. 171; Schregle und Nagel, unten S. 133 ff. und S. 161 ff.

<sup>153</sup> Siehe oben S. 39 f.

<sup>154</sup> Und insofern liegen die Dinge gerade für das internationale Arbeitsrecht oft anders als für das Recht der sozialen Sicherheit und des sonstigen sozialen Verteilungs- und Umverteilungsrechts. Siehe zum internationalen Arbeitsrecht noch einmal oben Anm. 143.

härentes Maximum an Ressourcen, Zielen, Prioritäten und Gestaltungen imstande ist<sup>155</sup>, wie das eben nur für die staatliche Politik zutrifft<sup>156</sup>. Vor diesem Sachzwang stehen schon Zusagen des nationalen Rechts — wie etwa „soziale Rechte“<sup>157</sup> — weitgehend hilflos<sup>158</sup>. Zusagen des internationalen Rechts — wie etwa in den UN-Pakten, der Europäischen Sozialcharta oder manchen ILO-Konventionen — sind dadurch a priori in Frage gestellt, und zwar um so mehr, je genauer und verbindlicher sie sein wollen.

Gerade im Lichte dieser durchgehenden Gemeinsamkeit heben sich aber auch die Unterschiede ab, die zwischen den verschiedenen Instrumenten bestehen. Zwei typische Gruppen, die einander gegenüberzustellen sich lohnt, sind etwa: die bilateralen Sozialversicherungs- und Fürsorgeabkommen, die direkt das Detail regeln und vorwiegend kollisionsrechtlichen Inhalt haben, und die großen europäischen oder weltweiten Konventionen, die sich den sozialpolitischen und sozialrechtlichen Standards vor allem des „inneren“ Sozialrechts widmen<sup>159</sup>. Die Kombination von Inhalt, Regelungstechnik, Geltungsanspruch und Kreis der beteiligten Staaten ist dabei mitnichten zufällig. Bilaterale Abkommen über die Begegnung national verbindlich geregelter Leistungssysteme sind nicht nur durch die geringe Zahl der Beteiligten, durch die Identität der Betroffenen und rechtssetzenden Subjekte, durch die Möglichkeit maximaler Rücksichtnahme auf die natürlichen, sozialen, ökonomischen, technischen, kulturellen und politischen Bedingungen und auf die Integrität der nationalen Rechtsordnung „privilegiert“.

Sie sind häufig auch durch den Gegenstand bevorzugt. Sozialversicherung z. B. ist auch im nationalen Rahmen technisch extrem durchgebildet und verrechtlicht. Daran kann das internationale Recht anschließen. Für weltregionale (z. B. europäische) und noch mehr für weltweite Konventionen sind dagegen die Herausforderungen der Zahl der betroffe-

<sup>155</sup> Dazu umfassend Ludwig Preller, Sozialpolitik, Theoretische Ortung, 1962; s. ferner etwa Herbert Ehrenberg, Von der Notwendigkeit und den Möglichkeiten einer umfassenden, auf die gleichen Ziele ausgerichteten Wirtschafts- und Sozialpolitik, in: Alfred Christmann u. a. (Hrsg.), Sozialpolitik, Ziele und Wege, 1974, S. 79 ff.

<sup>156</sup> Zu gewissen Grenzen der internationalen Sozialpolitik s. a. Heyde (Anm. 142), S. 157 ff., insbes. S. 159 f. — s. zum Vorigen auch Hans F. Zacher, Was können wir vom Sozialstaatsprinzip wissen?, in: Festschrift für Hans P. Ipsen, 1977, S. 207 ff., insbes. ab S. 240 ff.

<sup>157</sup> s. dazu statt anderer Peter Badura, Das Prinzip der sozialen Grundrechte und seine Verwirklichung in der Bundesrepublik Deutschland, Der Staat Bd. 14 (1975), S. 17 ff.

<sup>158</sup> s. dazu auch Hans F. Zacher, Freiheits- und Sozialrechte im modernen Verfassungsstaat, in Stanis-Edmund Szydzik (Hrsg.), Christliches Gesellschaftsdenken im Umbruch, 1977, S. 75 ff. (95 ff.); ders., Was können wir usw. (Anm. 156), S. 207 ff.

<sup>159</sup> s. oben S. 34 ff. und 49 f.

nen Staaten, der Differenzierung der Rechtssetzungssubjekte, der unterschiedlichen natürlichen, sozialen, wirtschaftlichen, technischen, kulturellen und politischen Bedingungen, die Unterschiede der Rechtsordnungen und die Unterschiede der Sprachen extrem groß. Nur selten können sie unmittelbar anwendbares Recht beinhalten (allenfalls in arbeitsrechtlichen Sätzen). Weithin sind sie auf Prinzipien und Programme angewiesen. Diese bedürfen der Umsetzung einerseits durch die verpflichteten Staaten, andererseits durch entsprechende Kontrollorgane — wie etwa die zuständigen Ausschüsse und Organe der Internationalen Arbeitsorganisation oder des Europarates<sup>160</sup> — und diese Kontrolle ist eine permanente Balance zwischen der exzeptionellen Einmischung aus dem internationalen Raum und der generellen Verantwortung und Kompetenz der nationalen Politik<sup>161</sup>.

#### d) Zum Colloquium

Diesen Bereich konnten die Referate über „Internationale Sozialrechtsvergleichung in der normenschaffenden Tätigkeit der Internationalen Arbeitsorganisation“ (*Johannes Schregle*)<sup>162</sup>, „Sozialrechtsvergleich im Aufgabenbereich des Europarates“ (*Siegfried-Günter Nagel*)<sup>163</sup> sowie über „Die Bedeutung der Rechtsvergleichung für die Gestaltung und Anwendung zwischenstaatlicher Sozialversicherungsabkommen“ (*Josef Schuh*)<sup>164</sup> weitgehend besetzen. Ausgespart blieb dabei vor allem der Bereich der Vereinten Nationen<sup>165</sup>. Da die Praxis der Vereinten Nationen speziell bei der Garantie sozialer Rechte jedoch erst anläuft, konnte diese Einschränkung vertreten werden.

### 3. Supranationales Sozialrecht und nationales Sozialrecht

#### a) Das Terrain

Von supranationalem Recht kann von vornherein nur konkret die Rede sein. Es ist das Recht der Europäischen Gemeinschaften. Die Referate über „Die Bedeutung der Rechtsvergleichung für die Harmonisierung sozialrechtlicher Normen in den Europäischen Gemeinschaften“ (*Jörn Pipkorn und Helmut Kaupper*)<sup>166</sup> konnten deshalb auch die Problematik

<sup>160</sup> s. o. Anm. 121 u. Anm. 150.

<sup>161</sup> s. auch den Diskussionsbericht zu dem Referat van der Ven, in: *Methodische Probleme*, S. 188 ff.

<sup>162</sup> s. unten S. 133 ff.

<sup>163</sup> s. unten S. 161 ff.

<sup>164</sup> s. unten S. 191 ff.

<sup>165</sup> Insofern war es besonders dankenswert, daß Prof. Christian Tomuschat, der deutsche Vertreter in dem Ausschuß nach Art. 28 ff. des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte an dem Colloquium teilgenommen hat.

des Sozialrechts im Kreuzungsfeld von horizontaler Rechtsvergleichung der Europäischen Gemeinschaften und vertikaler Rechtsvergleichung zwischen dem supranationalen Recht und dem Recht der Mitgliedstaaten breiter besetzen als die „völkerrechtlichen“ Referate dies für das internationale Sozialrecht tun konnten. Gleichwohl ist auch hier auf den Ort des Sozialrechts im Gesamtzusammenhang von Rechtsvergleichung und supranationalem Recht<sup>167</sup> einzugehen.

Auch hier ist zu unterscheiden zwischen dem Rechtsvergleich, der zur Bildung und Ergänzung des „höheren“ (hier: Gemeinschafts-)Rechts vom nationalen Recht her führt, ohne daß das „höhere“ Recht die gleichen Gegenstände des nationalen Rechts vorzuordnen suchte und auf diese Weise dafür maßgeblich würde (vertikaler Rechtsvergleich im weiteren Sinne), und dem Rechtsvergleich, der „höheres“ (Gemeinschafts-)Recht mit Maßgeblichkeit für das nationale Recht des gleichen Gegenstandes hervorbringt<sup>168</sup>. Die Väter der Gründungsverträge haben sich der Sozialpolitik zunächst zwar nur angenommen, soweit sie mit der Wirtschaftspolitik notwendig verbunden erschien — m. a. W.: hinsichtlich der gleichen Bedingungen für den Faktor Arbeit über die Gemeinschaft hin. Aber daraus ergab sich doch schon eine Reihe unmittelbarer *sozialpolitischer Aufgaben und Zuständigkeiten* der Europäischen Gemeinschaften. Daß sowohl für die einschlägigen Vertragsbestimmungen als auch für das europäische Recht, das die Verträge ausführt, der nationale Sozialrechtsbestand Vorbild war, ist offensichtlich (so z. B. die Vorschriften über den Europäischen Sozialfonds Art. 123 ff. EWGV, und das sekundäre Gemeinschaftsrecht hierzu). Sozialrechtsvergleich für die ergänzende Auslegung der einschlägigen europarechtlichen Bestimmungen hat freilich keine evidente Rolle gespielt<sup>169</sup>. Aber für die Fortentwicklung

<sup>166</sup> s. unten S. 229 ff. und S. 255 ff., s. a. noch einmal Jantz, *Methodische Probleme* (Anm. 20), S. 195 ff.

<sup>167</sup> s. dazu noch einmal Bleckmann, unten S. 97 ff.

<sup>168</sup> Interessant hierzu die Gliederung des Colloquiums über „Der Beitrag der Rechtsprechung zur Freizügigkeit innerhalb der Gemeinschaft und zu den sozialen Fragen“ (oben Anm. 15):

- I. Freizügigkeit der Arbeitnehmer (Art. 3 c, 48 - 51 EWG-V)
  - 1. Freizügigkeit der Arbeitnehmer und Gleichbehandlung in arbeits- und sozialrechtlicher Beziehung
  - 2. Soziale Sicherung der Wanderarbeitnehmer (Art. 51 EWG-V; Verordnungen Nr. 3 und 4).
- II. Freizügigkeit der selbständig Erwerbstätigen (Art. 3 c, 52 - 66, 221 EWG-V)
- III. Sozialpolitik (Art. 3 i, 117, 128 EWG-V)
  - 1. Allgemeine Sozialvorschriften (Art. 117 - 122, 128)
  - 2. Der Europäische Sozialfonds (Art. 3 i, 123 - 127 EWG-V).
- IV. Freizügigkeits- und Sozialvorschriften des EGKS-Vertrags und des Euratom-Vertrages.

Ziff. I 2 und III, ergänzt durch die entsprechenden Elemente der Ziff. IV und erweitert durch die organisationsinterne (vor allem dienstrechtliche) Sozialpolitik der Gemeinschaften sind das Thema des Textes.

<sup>169</sup> Zur Praxis die in Anm. 15 zitierten Berichte.

der einschlägigen Rechtsinstrumente und Politiken ist der wirkungsfeld-orientierte Sozialrechtsvergleich<sup>170</sup> eine permanente Notwendigkeit<sup>171</sup>.

Ein weiterer Bereich, in dem Sozialrechtsvergleich notwendig ist, ist der der internen sozialrechtlichen Probleme der Europäischen Gemeinschaften: das Dienstrecht der Funktionäre und Arbeitnehmer der Europäischen Gemeinschaften und ihre soziale Sicherung<sup>172</sup>. Hier muß eine komplizierte Balance zwischen den Strukturen, Bedürfnissen, Normen und Leitbildern der Gemeinschaften und dem Dienst- und Sozialrecht der Mitgliedstaaten (insbesondere der öffentlichen Bediensteten der Mitgliedstaaten) hergestellt werden.

*b) Die Einwirkungen der Europäischen Gemeinschaften  
auf das nationale Sozialrecht*

Handelt es sich dabei um vertikalen Rechtsvergleich im weiteren Sinne, der nicht der Bildung von maßgeblichem „höheren“ Recht dient, so stehen demgegenüber die Gemeinschaftsbefugnisse, die gerade auf das nationale Sozialrecht hin orientiert sind. Hier sind vor allem zwei Bereiche zu unterscheiden:

- derjenige der *Vermittlung zwischen den nationalen Sozialrechtsordnungen*, die in ihrer Autonomie bestehen bleiben, jedoch für den Gemeinschaftsbürger durchlässig gemacht werden sollen (Hauptbeispiel: die soziale Sicherung der Wanderarbeitnehmer nach Art. 51 EWG-Vertrag)
- und derjenige der *Angleichung des Sozialrechts der Mitgliedstaaten* in der Sache (s. insbes. Art. 117 - 122, s. a. Art. 128 EWG-Vertrag).

Was uns vor allem entgegentritt, ist also wieder der schon im internationalen Recht beobachtete Unterschied im Gegenstand der Koordination: die Koordination der Begegnung der nationalen Rechte und die Koordination der inneren Standards der nationalen Rechte. Dagegen ist die Vielfalt hinsichtlich der Kriterien der Intensität und Differenziertheit der vorordnenden Aussage, hinsichtlich der Adressaten, hinsichtlich der beteiligten Staaten und hinsichtlich der Sanktionen<sup>173</sup> durch die Einheit des gemeinschaftsrechtlichen Rahmens begrenzt. Das gilt vollends für die Zahl der beteiligten Staaten. Intensität und Differenziertheit der Normaussage, Adressatenkreis und Sanktion dagegen folgen weitgehend dem Schema, das durch die Systematik der Rechtsquellen und Handlungsformen der Europäischen Gemeinschaften — Verträge, Verord-

<sup>170</sup> „Außengerichtet“ im Sinne von oben S. 51.

<sup>171</sup> s. o. S. 20.

<sup>172</sup> s. dazu Ipsen (Anm. 15), S. 382 ff.

<sup>173</sup> s. o. S. 36 ff.

nungen, Richtlinien, Statuten und Beschlüsse usw.<sup>174</sup> vorgegeben ist. Deren Implikationen brauchen hier nicht ausgebildet zu werden. Anzumerken ist nur, daß die allgemeine sozialrechtliche Angleichung (Art. 117, 118 EWG-Vertrag), vorbehaltlich aller spezielleren und stärkeren Kompetenzen der Gemeinschaft, auf die Einigung der Mitgliedstaaten unter dem konsultativen Einfluß der Gemeinschaftsorgane angelegt ist — ein Vorgang, in dem sich die vertikale Dimension verflüchtigt<sup>175</sup>.

Doch zurück zu der Alternative zwischen der Koordination der Begegnung der nationalen Rechte und der Koordination von internen Standards der nationalen Rechte! Hier beobachten wir eine eigentümliche Gemeinsamkeit und doch unterschiedliche Akzentuierung des Bedarfes an horizontalem Rechtsvergleich<sup>176</sup>. Rechtsvergleich, der der *Koordinierung der Rechtsbegegnung* dient, hat außengerichteten (Wirkungsfeldgerichteten), feststellenden Charakter. Er muß möglichst umfassend sein. Er muß ja die nationalen Rechtsbestände, deren Begegnung vermittelt werden soll, so verläßlich als möglich ermitteln. Hinsichtlich der zu suchenden gemeinschaftsrechtlichen Lösung der Begegnung selbst aber hat er internalisierenden, veränderungsgerichteten (innovierenden) und selektiven Charakter. Es geht um die „relativ beste Lösung“. Er kann und muß auch Lösungen außerhalb des Rechts der Mitgliedstaaten in Betracht ziehen, um die „relativ beste Lösung“ zu finden<sup>177</sup>. Rechtsvergleich, der der *Harmonisierung durch Angleichung* der nationalen Rechte — also der Angleichung der internen nationalen Standards — dient, steht dagegen auf andere Weise in dieser Spannung. Für ihn scheint die „relativ beste Lösung“ im Vordergrund zu stehen: das richtige Ziel für die Veränderung, die mit der Angleichung von Verschiedenem notwendig verbunden ist. Damit scheint ihr auch ein selektiver und veränderungsgerichteter Charakter innezuwohnen. Auf der anderen Seite aber ist sie doch an die „konservative“ Kette gelegt, da es ja das bestehende Recht der Mitgliedstaaten ist, das angeglichen werden soll. Und insofern hat sie feststellenden und (in bezug auf die Mitgliedstaaten) umfassenden Charakter. Endlich ist sie außengerichtet, weil die Gemeinschaft ja nur die Angleichung besorgen soll, die nationalen Rechte aber die Sachregelung behalten sollen<sup>178</sup>. Sie sind letztlich zu verändern. Schillernd bleibt dabei, in welcher Weise das Gemeinschaftsrecht einbezogen ist oder wer-

<sup>174</sup> s. dazu Ipsen (Anm. 15), S. 405 ff., 446 ff., 467 ff.

<sup>175</sup> Oben S. 55 f. und S. 62 wurde hinsichtlich der internationalen Organisationen ein ähnlicher Grenzfall festgestellt: die Beratung nationaler Sozialpolitik durch internationale Organisationen.

<sup>176</sup> Zur Rechtsvergleichung in bezug auf Europarecht s. noch einmal Constantinesco II, S. 400 ff. — Zur Praxis s. außer Pipkorn und Kaupper (je unten S. 229 ff. bzw. S. 255 ff.), Jantz (Anm. 20) und den Diskussionsbericht hierzu (ebd., S. 214 ff.).

<sup>177</sup> s. o. S. 46.

<sup>178</sup> s. o. S. 46, 51, 53 f.



den muß<sup>179</sup>. Teils ist es selbst Vorordnung des zu schaffenden Gemeinschaftsrechts (s. etwa Art. 51 EWG-Vertrag) und der sonstigen Gemeinschaftsaktivitäten (s. etwa Art. 117 ff. EWG-Vertrag). Teils weist es selbst schon Tatbestände auf, die bei der „feststellenden“ und „umfassenden“ Aufnahme des Wirkungsfeldes nicht unberücksichtigt bleiben können. Doch kann das alles hier nur angedeutet werden. Was exemplifiziert werden soll, ist die vielfältige und je spezifische teleologische Bedingtheit horizontalen Rechtsvergleichs im Bezugsrahmen höheren Rechts.

*c) Zur spezifischen Nichtidentität  
supranationalen und nationalen Rechts*

Die Problematik der *Nichtidentität* maßgeblichen „höheren“ Rechts gegenüber dem untergeordneten partikularen Recht stellt sich, wie schon angedeutet<sup>180</sup>, im supranationalen Rahmen wesentlich anders als im internationalen. Die Zahl der betroffenen Staaten ist im wesentlichen konstant, der Kreis geschlossen. Die Ungleichheiten hinsichtlich der natürlichen, sozialen, wirtschaftlichen, kulturellen, technischen und politischen Bedingungen sind begrenzt und bekannt. Eine weitere Angleichung ist durch die Gemeinschaft angelegt. Ähnliches gilt hinsichtlich des Unterschiedes der Rechtsordnungen. Das Rechtssubjekt des Gemeinschaftsrechts ist zwar um eigenständige Elemente (Kommission, Parlament, Wirtschafts- und Sozialausschuß) angereichert. Das teils rechtliche, teils praktische Einstimmigkeitsprinzip im Rat sichert jedoch eine weitgehende Identität zwischen der politischen Führung in den Mitgliedstaaten und der Politik der Gemeinschaft<sup>181</sup>.

Der wohl wichtigste Unterschied zum internationalen Recht aber ist, daß supranationales Recht schon in besonderer Nähe zu der Konzentrationszone umfassender rechtlicher und politischer Kompetenz und Verantwortung des Staates steht<sup>182</sup>. Trotz allen prekären Charakters der Gemeinschaftspolitik können die nationalen Rechtsordnungen und nationalen Politiken nicht mehr die alleinige Kompetenz und Verantwortung für den innerstaatlichen Bereich in Anspruch nehmen. Es ist nicht notwendig, das hier näher zu definieren. Aber Gemeinschaftsrecht hat nicht nur den ganz exzeptionellen, sporadischen Charakter, mit dem Völkerrecht von außen in die staatliche Sozialpolitik eingreift. Gemeinschaftspolitik und mitgliedstaatliche Politik tendieren — sich ineinander verwebend — dahin, sich zu einem Ganzen zu ergänzen.

<sup>179</sup> s. o. S. 48 f., 52 f., 65 ff.

<sup>180</sup> s. o. S. 39.

<sup>181</sup> s. zu all dem noch einmal oben S. 36 ff.

<sup>182</sup> s. insbes. oben S. 39, 41, 50.

## V. Abschließende Bemerkungen

Daß Völkerrecht und *supranationales Recht* sozialpolitisch aktiv werden, hat *drei elementare Ziele*<sup>183</sup>. Das eine Ziel ist das einer *menschenwürdigen Existenz*. Ihm dient der Kampf gegen Not — der Kampf um ein menschenwürdiges Existenzminimum. Das andere Ziel ist das der *Gleichheit*. Ihm dient die Politik der Angleichung der Lebensverhältnisse, der internationalen Vereinheitlichung sozialrechtlicher Standards und der internationalen Verteilung und Umverteilung. Das dritte Ziel ist das der *Freiheit*: des Abbaues der Abhängigkeitsverhältnisse und insbesondere der Freizügigkeit. Der Mensch soll imstande sein, ohne unverhältnismäßige Einbußen von einem Land zum anderen zu wechseln. Dem dient schon alles, was zu einer Angleichung der sozialen Standards zwischen den Ländern führt. Jedoch kommt hier der Aspekt der Durchlässigkeit der nationalen Sozialrechtsordnungen hinzu. Hier liegt der Akzent auf der Vermittlung zwischen den Rechten, der Gestaltung eines Kollisionsrechts, das Wanderung erleichtert.

Das ist der Werthorizont, in dem die Begegnung zwischen internationalem und nationalem Sozialrecht zu sehen ist. Im Dienste dieser Werte darf sich auch die wissenschaftliche Bemühung um die Begegnung der internationalen, supranationalen und nationalen Sozialrechtsordnungen sehen.

---

<sup>183</sup> s. etwa auch Heyde (Anm. 142), S. 13 ff.; Zacher, Internationales und Europäisches Sozialrecht (Anm. 12), S. XXIX ff.